Die Beihilfe durch Unterlassung

einschließlich der passiven Beihilfe Nichtqualifizierter bei den Sonderdelikten

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Ludwig Maximilians-
Universität zu München

vorgelegt von

Hans Troidl
aus München
Gerichtsreferendar

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
1939

Die Beihilfe durch Unterlassung

einschließlich der passiven Beihilfe Nichtqualifizierter bei den Sonderdelikten

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Ludwig Maximilians-
Universität zu München

vorgelegt von

Hans Troidl
aus München
Gerichtsreferendar

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1939

Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Edmund Mezger
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Franz Exner.

Tag der Genehmigung: 8. 5. 1939.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

A. Möglichkeit der Beihilfe durch Unterlassen. 1
I. Nach herrschender Lehre und Gerichtspraxis. . . 1
II. Begrifflich. 1

B. Die Beihilfe des geltenden Rechts im allgemeinen. . . 2

I. Abgrenzung gegen die Mittäterschaft des § 47 StGB. 2
II. Die Hilfeleistung. 3
III. Mittel. 3
IV. Der Vorsatz des Gehilfen. 4
V. Die Akzessorietät der Beihilfehandlung. . . . 4
VI. Die Kausalität der Beihilfe (im allgemeinen) für den Erfolg. 5
1. Nach den verschiedenen Kausalitätstheorien. . . 5
a) Nach der Äquivalenz oder Bedingungstheorie. . 5
b) Nach der Adäquanztheorie. 6
c) Nach der Theorie der Scheidung von Ursache und Bedingung. 7
2. Nach Ansicht des Reichsgerichts. 8
3. Nach der Lehre. 9
VII. Einfluß der persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften. 10
1. Wenn diese strafbegründend sind. 10
2. Wenn diese strafändernd sind. 11
3. Wenn sie strafausschließend wirken. . . . 11

C. Die Stellung der Beihilfe im kommenden Recht. . . . 12

I. In der Frage nach der Kausalität für den Erfolg. . 12
II. Restriktiver oder extensiver Täterbegriff? . . . 13

D. Die Beihilfe durch Unterlassung insbesondere. . . . 18

I. Die Beihilfe durch Unterlassung als besondere Form der sog. unechten Unterlassungsdelikte. . . . 18
II. Wesen und Verhältnis der echten und unechten Unterlassungsdelikte zueinander. 19
III. Die Problemstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten. 20

Seite:

IV. Rechtspflicht- oder Pflichtwidrigkeitskriterium? . . 20
1. Rechtspflichtkriterium und Reichsgericht. . . 21
2. Kritik und Pflichtwidrigkeitskriterium. . . . 22
V. Die unechten Unterlassungsdelikte und die Lehre vom Tätertypus. 26
VI. Die unechten Unterlassungsdelikte und der § 2 n. F. StGB. 30
VII. Muß die durch Unterlassung gewährte Beihilfe für den Erfolg kausal geworden sein? 31
1. Die Frage nach der Kausalität der Unterlassung überhaupt. 31
2. Anwendung auf die Beihilfe durch Unterlassung. . 33

E. Die Beihilfe durch Unterlassen Nichtqualifizierter beim Sonderdelikt. 36
I. Möglichkeit der Beihilfe durch aktives Tun Nichtqualifizierter zum Sonderdelikt. 36
II. Möglichkeit der Beihilfe durch Unterlassen Nichtqualifizierter insbesondere und ihre rechtliche Konstruktion. 40
1. Bei den eigentlichen Sonderdelikten. . . . 40
2. Bei den uneigentlichen Sonderdelikten. . . . 41

Zusammenfassung. 41

Literaturverzeichnis.

Allfeld: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts", 8. Auflage 1922 Lpz.

Beling v.: „Grundzüge des Strafrechts", 11. Aufl. 1930. Tübingen.

Beling v.: „Die Lehre vom Verbrechen", 1906, Tübingen.

Birkmeyer v.: „Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts" 1890, Bln.

Birkmeyer v.: „Teilnahme am Verbrechen in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil Bd. II, 1907.

Bruns: „Kritik der Lehre vom Tatbestand", 1932, Bonn und Köln.

Buri v.: „Über die Kausalität der Unterlassung", ZStW 1/400 ff.

Coenders: „Über die objektive Natur der Beihilfe" ZStW 46/1 ff.

Dahm: „Verbrechen und Tatbestand" in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, Bln.

Dohnanyi: „Täterschaft und Teilnahme" in Gürtner „Das kommende Deutsche Strafrecht", Allgem. Teil, S. 97 ff., 8. Aufl., 1935 Bln.

Drost: „Der Aufbau der Unterlassungsdelikte" GS 109/1 ff.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: „Leipziger Kommentar" 4. Aufl. 1933, Bln. und Lpz.

Ellger: „Der weite Täterbegriff im kommenden deutschen Strafrecht" in DJ 1935, S. 216 ff.

Frank Reinhard: „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 18. Aufl. 1931, Tübingen.

Frank Reinhard: „Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz" ZStW 37/28 ff.

Freisler: „Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung" in Gürtner „Das kommende deutsche Strafrecht", Allgem. Teil, 8. Aufl. 1935, Bln.

Gerland: „Deutsches Reichsstrafrecht" Grundriß, 1922 Bln und Lpz.

Grau: „Weiter Täterbegriff und Willensstrafrecht" in DJ 1935/286 ff.

Hecker: „Deutsches Militärstrafrecht" Lehrbuch 1887, Stuttgart.

Hecker: „Der Zivil-Richter und das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich" in GA 30/101 ff.

Hippel v.: „Lehrbuch des Strafrechts" 1932, Bln.

Hippel v.: „Deutsches Strafrecht" II („Das Verbrechen") 1930, Bln.

Höpfner: „Bemerkungen zu Belings Lehre von der Teilnahme", ZStW 27, 465 ff.

Kern: „Die Teilnahme im Entwurf 1925" GS 92/125 ff.

Kissin: „Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten", Strafrechtliche Abhandlungen 317 (1933).

Klee: „Das Verbrechen als Rechtsgut- und als Pflichtverletzung", 1303 ff.

Klee: „Täterschaft" DJ 1935/178 ff.

Klee: „Das Verbrechen als Rechtsgut- und als Pflichtevrletzung", Deutsches Strafrecht 1936, S. 1 ff.

Köhler: „Deutsches Strafrecht" Allgem. Teil, 1917, Lpz.

Kohler: „Anstiftung und Agent provocateur" GA 55/1 ff.

Kohlrausch: „Strafgesetzbuch" 34. Aufl. 1938, Bln.

Kohlrausch: „Notizen" ZStW 176 ff. 179.

Kollmann: „Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem" Strafr. Abh. 91/1908.

Koppmann Fr.: „Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten" 1903.

Lange: „Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf" 1935, Lpz.

Liszt v.: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts" 18. Aufl. 1911, Bln.

Liszt v. Schmidt: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts", Allgem. Teil, 26. Aufl. 1932, Bln. u. Lpz.

Maurach: „Handlungspflicht und Pflichtverletzung" in DStrR. 1936/113 ff.

Mayer Hellmuth: „Das Strafrecht des deutschen Volkes" 1936, Stuttgart.

Mayer M. E.: „Strafrecht" Allgem. Teil, 2. Aufl., 1932 Heidelberg.

Merkel: „Anstiftung und Beihilfe" in Frank Festschrift II S. 134 ff.

Meyer-Allfeld: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts" 7. Auflage, 1912, Lpz.

Mezger: „Strafrecht" Ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1933, Mchn. und Lpz.

Mezger: „Deutsches Strafrecht" Ein Leitfaden, 1936, Bln.

Mezger: „Deutsches Strafrecht" Ein Grundriß, 1938, Bln.

Mezger: „Die Straftat als Ganzes" ZStW 57/675 ff.

Mezger: „Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken" in ZdAkadfdR. 1937/417 ff.

Mezger: „Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht" DJZ 1934/96 ff.

Mintz: „Die Lehre von der Beihilfe", 1892, Riga.

Nagler: „Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", GS 111/2 ff.

Nagler: „Die Teilnahme an Sonderverbrechen", 1903, Lpz.

Olshausen: „Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", Bd. 1, Allgem. Teil, 11. Aufl., 1927, Bln. mit Ergänzungsband, Berlin 1936.

Perten: „Die Beihilfe zum Verbrechen", Strafr. Abh. 198, 1918.

Rümelin: „Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht", Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 90/1900.

Sauer: „Grundlagen des Strafrechts", 1921, Bln. u. Lpz.

Sauer: „Die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung", Frank Festschrift I, St. 202 ff. Tübingen 1930.

Schaffstein: „Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts", Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft S. 70 ff., 1936, Bln. u. Lpz.

Schaffstein: „Das Verbrechen als Pflichtverletzung", Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 108 ff., 1935 Bln.

Schinnerer: „Analogie und Rechtsschöpfung", ZStW 55/768 ff.

Schmidt-Eberhard: „Die mittelbare Täterschaft", Frank Festschrift II, S. 106 ff. Tübingen 1930.

Schönfeld: „Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und Militärdelikten in strafrechtlicher und prozessualer Beziehung", Dissertation 1911, Breslau.

Schwinge: „Militärstrafgesetzbuch", 2. Auflage 1939, Bln.

Schwinge-Zimmerl: „Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken", 1937, Bonn.

Sonanini: „Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen", 1897.

Traeger: „Das Problem der unechten Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht", 1913 in Festgabe für Enneccerus.

Traeger: „Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht" 1904, Marburg.

Wolf Erik: „Vom Wesen des Täters", 1932, Tübingen.

Zimmerl: „Zur Auslegung des § 2 StGB", Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, 1936, Bln. u. Lpz.

Zimmerl: „Grundsätzliches zur Teilnahmelehre", ZStW 49/39 ff.

Preußische Denkschrift 1933, 2. Aufl. Bln.

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN.

DJ	= Deutsche Justiz.
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung.
DR	= Deutsches Recht.
DStrR	= Deutsches Strafrecht.
E	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
GA	= Goldammers Archiv für Strafsachen.
GS	= Gerichtssaal.
JW	= Juristische Wochenschrift.
RMG	= Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
ZdAkad.fdR.	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

A. Möglichkeit der Beihilfe durch Unterlassung.

I. Nach herrschender Lehre und Gerichtspraxis.

Es ist anerkannten Rechts, daß eine Beihilfe nicht nur durch aktives Tun, sondern auch durch eine Unterlassung geleistet werden kann, wenn die Unterlassung in dem für die sog. unechten Unterlassungsdelikte geltenden Sinne pflichtwidrig ist. Frank[1] nennt diese Art der Beihilfe negative Beihilfe. Sie ist nichts anderes als eine besondere Erscheinungsform der unechten Unterlassungsdelikte[2]. Auch das Reichsgericht und andere hohe Gerichte haben in zahlreichen Entscheidungen die Möglichkeit einer Beihilfe durch Unterlassung anerkannt[3].

II. Begrifflich.

Begrifflich ist sie ebenso denkbar, wie die Täterschaft durch Unterlassen. Anerkennt man diese, (was allgemein der Fall ist), so muß man logisch auch die Möglichkeit der Beihilfe durch Unterlassen bejahen. Kann man nämlich einen strafrechtlich relevanten Erfolg durch eine Unterlassung herbeiführen, so ist es auch möglich, durch eine Unterlassung die Herbeiführung dieses Erfolgs durch einen anderen zu unterstützen. So ist die Mutter, die ihr Kind vorsätzlich und rechtswidrig verhungern läßt, infolge ihrer Unterlassung für das Kind zu sorgen, Täterin eines der Delikte der §§ 211 ff. StGB. Hat sie aber das Kind in Pflege gegeben und verhindert sie dann schuldhaft nicht, daß die Pflegemutter das Kind verhungern läßt, so macht sie sich durch ihre Unterlassung der Beihilfe zu einem der Tötungsdelikte der §§ 211 ff. StGB schuldig. Sie hat den Erfolg mitverursacht, weil sie ihn hätte abwenden können. Als Mutter des Kindes hätte sie diesen auch abwenden müssen. Durch die unterlassene Nichtabwendung des Erfolgs, der Tötung des Kindes durch die Pflegemutter, hat sie diese in der Verwirklichung ihres verbrecherischen Entschlusses gefördert.

---

[1] § 49, I, 2; siehe dagegen Lobe Lpz. K. S. 163.

[2] Vgl. zur Möglichkeit der Beihilfe durch Unterlassen Ebermayer-Lobe-Rosenberg, § 49, 6; Olshausen § 49, 10; Frank § 49, I; von Liszt-Schmidt S. 340; Mezger Lb. S. 445; Meyer-Allfeld Lb. S. 224; v. Hippel Lb. S. 467; Merkel in Frank Festschrift II, S. 149.

[3] Vgl. E (11/153; 53/292; 56/168; 69/349; 70/82 ff.); 71/187; RMG 9/240 ff. und eine Entscheidung des LG Weimar vom 18. 7. 1938 abgedr. in JW 1938/3031.

B. Die Beihilfe des geltenden Rechts im allgemeinen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, sei es gestattet, an dieser Stelle kurz das Grundsätzliche über den Begriff der Beihilfe im allgemeinen, also auch der durch aktive Tätigkeit geleisteten Beihilfe festzustellen. Denn, was für die durch aktive Tätigkeit geleistete Beihilfe gilt, muß auch für die durch eine Unterlassung geleistete Beihilfe gelten. Wenn also in den späteren Ausführungen keine Abweichungen ausdrücklich angegeben sind, so gelten die im folgenden zu besprechenden allgemeinen Grundsätze über die Beihilfe.

Der Wortlaut des § 49 StGB lautet:

> Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat.
>
> Die Strafe des Gehilfen ist nach demjenigen Gesetz festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.

I. Abgrenzung gegen die Mittäterschaft des § 47 StGB.

Die bisher schwierigste Frage auf dem ganzen Gebiet der Teilnahmelehre war wohl die Frage nach der Abgrenzung der Beihilfe des § 49 StGB gegen die Mittäterschaft des § 47 StGB. Hauptsächlich zwei Meinungen standen sich gegenüber, je nachdem ihre Vertreter die Abgrenzung mehr nach objektiven oder mehr nach subjektiven Merkmalen vornehmen zu können glaubten. So entstanden die objektive Teilnahmetheorie, die auf das Merkmal der äußeren Beteiligung an der Tat (bei der Mittäterschaft gemeinschaftliche Ausführung — bei der Beihilfe bloße Förderung) und die subjektive Teilnahmetheorie, die auf die Willensrichtung der Beteiligten abstellt. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die objektiven Merkmale auf ein Minimum beschränkt[4] und im übrigen subjektiv entschieden. Handelt der Tatbeteiligte mit animus auctoris, so nimmt das Reichsgericht Mittäterschaft an, wobei als das erwähnte objektive Minimum das Erfordernis fungiert, daß der Mittäter während und zwecks Ausführung des Verbrechens irgendeine, gleich wie geartete Tätigkeit entfalten

[4] Vgl. etwa E 15/295 ff.; 28/304 ff.

muß. Gehilfe dagegen ist nach dem Reichsgericht, wer mit animus socii die Haupttat fördert, wer diese nicht als eigene, sondern als fremde betrachtet, seinen Willen dem des Haupttäters unterordnet[5].

Infolge des Übergangs des Strafrechts vom Erfolgs- zum Willensstrafrecht und mit Rücksicht auf den § 2 n. F. StGB wird man sich für die subjektive Teilnahmetheorie trotz einiger Schwierigkeiten, die ihrer Durchführung der § 216 StGB bereitet, bei dem auch der animo socii Handelnde als Täter betrachtet wird, entscheiden müssen[6].

II. Die Hilfeleistung.

Der Kernpunkt der Beihilfeleistung ist die Hilfeleistung. Im Sinne von § 49 StGB ist darin eine Förderung der Begehung der Haupttat zu verstehen. Diese Förderung muß zu irgendeinem Zeitpunkt, aber noch vor Abschluß der Begehung der Haupttat tatsächlich erfolgt sein. Das bedeutet, daß die bloße Absicht zu fördern, zur Annahme einer nach § 49 StGB strafbaren Beihilfe nicht ausreicht. Versuchte Beihilfe ist denkbar, aber anders als die Beihilfe zum Versuch nicht strafbar[7]. Die Hilfeleistung kann sich auch in reinen Vorbereitungshandlungen erschöpfen[8]. Ferner sind nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Beihilfe zu Übertretungen, sowie die fahrlässige Beihilfe nicht strafbar. Ist die Haupttat zur Zeit der Hilfeleistung schon vollendet, so liegt Begünstigung vor, § 257 StGB, die nach Absatz 3 von § 257 StGB als Beihilfe zu bestrafen ist, wenn sie dem Täter vor der Tat zugesagt worden ist. Gegenüber der Anstiftung des § 48 StGB ist die Beihilfe subsidiär.

III. Mittel.

Die Mittel zur Hilfeleistung sind Rat oder Tat. Man unterscheidet hiernach üblicherweise zwischen physischer — durch Tat — und psychischer oder intellektueller — durch Rat — gewährter Beihilfe[9].

Die psychische Beihilfe besteht in der seelischen Stärkung des Täters und ist auch dann möglich, wenn dieser schon fest zur Tat entschlossen ist. Die physische Beihilfe dagegen besteht in einer materiellen Unterstützung des Täters. Mit Recht weist Olshausen[10] darauf hin, daß eine scharfe Unterscheidung der beiden Arten der

---

[5] Vgl. E 55/60 ff. und 59/79 ff.

[6] Mezger Grdr. S. 119.

[7] E 58/113 ff.; 59/376 ff.; 63/101 ff.; 67/193 ff.; Kohlrausch § 49, 5; von Liszt-Schmidt Lb. S. 340.

[8] Olshausen § 49, 9; E 53/161; 58/114 und JW 1934/2473.

[9] Frank § 49, I mit weiterer Einteilung in positive und negative Beihilfe; Olshausen § 49, 10; Ebermayer-Lobe-Rosenberg § 49, 6; Mezger Grdr. S. 119.

[10] § 49, 10.

Hilfeleistung nicht gemacht werden kann, da einerseits die Beihilfe durch Rat mittels Handlungen geleistet werden kann, andererseits die Beihilfe durch Tat neben der materiellen Unterstützung meist auch einen bestärkenden psychischen Einfluß ausüben wird.

IV. Der Vorsatz des Gehilfen.

Nach dem Wortlaut des § 49 StGB muß der Gehilfe dem Haupttäter die Hilfe wissentlich leisten, d. h. sinngemäß, muß er die Beihilfehandlung vorsätzlich begehen. Allerdings genügt dolus eventualis. Bezwecken braucht der Gehilfe den Erfolg des Haupttäters nicht, aber er muß ihn im Sinne der Vorsatzlehre wollen[11]. Es kann dem Gehilfen ein Interesse an der Tat völlig fehlen[12]. Ja, der Erfolg des Haupttäters kann ihm völlig unerwünscht sein. So, wenn ein Schlosser einen ihm bekannten Einbrecher einen Nachschlüssel nur wegen dessen guter Bezahlung liefert. Es genügt, daß der Gehilfe das Bewußtsein hat, daß sein Tun geeignet ist, die Haupthandlung zu fördern. Für Täterexzesse haftet der Gehilfe dagegen nicht.

V. Die Akzessorietät der Beihilfehandlung.

De lege lata bedeutet die Akzessorietät der Beihilfe, daß die Strafbarkeit des Gehilfen abhängig ist, von der Ausführung der Haupttat (Verbrechen oder Vergehen) durch einen verantwortlichen Täter. An der Strafbarkeit des Gehilfen ändert sich nichts, wenn der Haupttäter bei Ausführung der Tat nur vermindert zurechnungsfähig im Sinne von § 51 Abs. 2 StGB war[13]. Infolge dieses Akzessorietätsverhältnisses kann die Beihilfehandlung erst mit der Verübung der Haupttat (Versuch genügt) als begangen angesehen werden. So sagt der dritte Strafsenat des Reichsgerichts in einer Entscheidung vom 8. Oktober 1934, abgedr. in JW 1934/281: „. . . Die Beihilfe (wie die Anstiftung) ist für sich, von besonderen gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, ein strafrechtlich bedeutungsloser Vorgang, solange keine Haupttat hinzukommt. Bis zu diesem Zeitpunkt liegt auch kein Versuch vor, sodaß also erst im Wege der Zurückbeziehung der Haupttat auf die Beihilfe diese zur strafbaren Handlung wird. Dieses Abhängigkeitsverhältnis der Beihilfe zur Haupttat führt dahin, daß erst mit der Verübung

---

[11] Vgl. Frank § 49, I; Köhler Lb. S. 531 und jetzt auch Lobe Lpz. K. S. 168.
Auch das Reichsgericht fordert diese Beziehung des Gehilfenvorsatzes zum Erfolg der Haupttat; so z. B. in E 56/168 ff. und E 60/23 ff., womit es auf subjektivem Gebiet zutreffend das Erfordernis der Kausalität der Teilnahmehandlung für den Erfolg bejaht. A. M. dagegen Coenders, ZStW 46/1 ff.

[12] Meyer-Allfeld Lb. S. 249 und E 32/353 ff.

[13] Vgl. Mezger Grdr. S. 118.

der Haupttat die Beihilfehandlung als begangen angesehen werden kann".

Eine weitere Konsequenz aus der Akzessorietät der Beihilfe ergibt sich bei den erfolgsqualifizierten Delikten (z. B. § 226 StGB) in der Bestrafung des Gehilfen aus dem strengeren Gesetz.

Eine positivrechtliche Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät der Beihilfehandlung ist im § 4 JGG enthalten. Dort wird die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Angestiftete oder Unterstützte nach den §§ 2, 3, JGG straflos bleibt. Eine weitere Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät findet sich im § 50 StGB hinsichtlich der straferhöhenden oder -mildernden Umstände.

VI. Die Kausalität der Beihilfe (im allgemeinen) für den Erfolg.

Es ist im Rahmen unserer Arbeit nicht möglich, auf diesem von jeher besonders strittigen Gebiet in Einzelheiten vorzustoßen. Es sei daher gestattet, unter Würdigung der hauptsächlich vertretenen Meinungen zu einem uns richtig scheinenden Ergebnis zu gelangen.

1. Nach den verschiedenen Kausalitätstheorien.

Ausgangspunkt für jede Kausalitätsbetrachtung muß im geltenden Recht der große, allgemeine Gesichtspunkt sein, unter dem es menschliche Handlungen wertet. Zweifellos steht nun das geltende Strafgesetzbuch auf dem Standpunkt des Erfolgsstrafrechts, d. h. menschliche Handlungen können nur strafrechtlicher Wertung unterliegen, soweit sich Beziehungen zwischen ihnen und dem schließlichen Erfolg feststellen lassen. Das muß folgerichtig auch für die Beihilfe gelten, sodaß eine Hilfeleistung zur Tat eines anderen nur dann in Betracht kommen kann, wenn sie den Erfolg der Haupttat wenigstens mitverursacht hat. Allerdings ist dies, wie später zu zeigen sein wird, bestritten. Auch ist die Frage, wann eine solche Verknüpfung einer Vorbedingung mit dem Erfolg überhaupt anzunehmen ist, verschieden beantwortet worden und hat zur Aufstellung mehrerer Kausalitätstheorien geführt. Hierüber zunächst Folgendes:

a) Nach der Äquivalenz oder Bedingungstheorie.

Diese vornehmlich von v. Buri geförderte Kausalitätstheorie besagt, daß alles Ursache eines Erfolgs ist, was nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß dadurch nicht auch gleichzeitig der Erfolg entfiele. Es mag hier schon betont werden, daß nur der Erfolg in der ganz konkreten Beschaffenheit des Einzelfalles dabei in Betracht kommt[14]. Ferner betrachten wir den Kausalitätsbegriff

[14] v. Liszt-Schmidt Lb. S. 157; Mezger Lb. S. 109.

als eine kategoriale Form unseres Erkennens, nicht als einen juristischen Begriff[15]. Die Lehre v. Buri's besagt nun[16], daß alle Vorbedingungen eines Erfolgs gleichwertig sind, denn entfällt eine davon, so entfällt auch der Erfolg. Allerdings vermengt v. Buri und im Anschluß an ihn das Reichsgericht mit der Bedingungstheorie und ihrer Gleichwertigkeit aller Vorbedingungen für den Erfolg den Schluß, daß sich daraus auch die Gleichwertigkeit unter Haftungsgesichtspunkten ergibt[17]. Die Frage nach der strafrechtlichen Haftung hat aber mit der Frage nach der Kausalität einer Bedingung für den Erfolg nur insofern Bedeutung, als im Erfolgsstrafrecht überhaupt nur kausale Willensbetätigungen eine strafrechtliche Haftung begründen können, aber nicht müssen.

Geht man also vom Erfolgstrafrecht aus, so ergibt sich für die Beihilfe, daß die Hilfeleistung (Mit) Ursache des vom Haupttäter herbeigeführten Erfolgs sein muß, d. h. die Beihilfehandlung muß sich irgendwie in die zur Erfolgsverwirklichung führende Kausalkette eingegliedert haben. Das bedeutet aber, daß die Unterstützungshandlung des Gehilfen im Sinne der condicio sine qua non-Formel für den Erfolg kausal geworden sein muß, weil andernfalls der Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt wenigstens nicht in der gleichen Weise herbeigeführt worden wäre. Folgerichtig müßte eine Unterstützungshandlung, die für den Erfolg nicht kausal geworden ist, als versuchte Beihilfe straflos bleiben.

b) Nach der Adäquanztheorie.

Das Hauptverdienst der Äquivalenztheorie liegt darin, daß sie, wenn man den Fehler vermeidet, sie mit Haftungsgesichtspunkten zu vermengen, die Untergrenze strafrechtlicher Haftung scharf herausgearbeitet hat[18]. In der Wissenschaft hat sich nun aber weitgehend die sog. Adäquanztheorie durchgesetzt, nach der eine Bedingung für den Erfolg nur dann als kausal zu betrachten ist, wenn sie generell, an der Erfahrung des Lebens gemessen, geeignet ist, diesen Erfolg hervorzubringen. Diese von dem Physiologen v. Kries begründete Lehre ist eine Einschränkung der Äquivalenztheorie und zwar unter Haftungsgesichtspunkten. Auch sie geht im Grunde genommen von der Theorie des Sich-Nicht-Hinwegdenkenkönnens aus, wertet dann aber die einzelnen Bedingungen, die in obigem Sinne als kausal erkannt sind, nach ihrer strafrechtlichen Relevanz[19]. V. Kries hat aber den Fehler begangen, die Frage nach der generellen Wahrscheinlichkeit des Erfolgs vom Standpunkte des Tä-

[15] v. Liszt-Schmidt a.a.O.

[16] v. Buri ZStW 1/400 ff.

[17] Mezger Lb. S. 112.

[18] Mezger Lb. S. 114.

[19] Der Hauptvorteil dieser Theorie liegt bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten, bei denen Härten, die sich hier aus der Äquivalenztheorie ergeben, vermieden werden können. Die Adäquanztheorie wird vom Reichsgericht auch bei seinen Entscheidungen in Zivilsachen angewendet.

ters aus zu stellen. Er hat damit für den Juristen unzulässig eine starke Verquickung der Begriffe Verursachung und Schuld vorgenommen[20].

Rümelin[21] gebührt das Verdienst, diesen Fehler dadurch vermieden zu haben, daß er die Frage nach der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts nicht vom Standpunkte des Täters, sondern von dem des objektiven Beobachters aus beurteilen läßt[22].

Für die Frage nach der Kausalität der Beihilfehandlung für den Erfolg des Haupttäters kann die Adäquanztheorie nicht entscheidend sein. Sie gibt bereits Auskunft über die strafrechtliche Haftung des Gehilfen, also über einen juristischen Wertbegriff. Indem sie den Kausalzusammenhang nur da anerkennt, wo die strafrechtliche Relevanz einer Bedingung gegeben ist, begeht sie den Fehler, daß sie den nichtjuristischen, logisch errkenntnismäßigen Kausalitätsbegriff mit juristischen Mitteln zu erfassen sucht[23].

c) Nach der Theorie der Scheidung von Ursache und Bedingung.

Diese Kausaltheorie[24], die z. B. den Frank'schen Kommentar beherrscht[25], besagt im wesentlichen, daß der Hilfeleistung eine mindere Ursachenqualität gegenüber der Täterschaft zukommt. Wer Gehilfe sei, bedinge lediglich, nur der Täter verursache. Diese Lehre muß in ihrer praktischen Anwendung bereits an der Unmöglichkeit scheitern, eine klare Grenze zwischen Bedingung und Ursache zu ziehen. Aber auch sie erkennt an, daß des Gehilfen Verhalten für den Erfolg kausal sein muß, wenn auch nur im Sinne einer geringwertigeren Kausalität.

Als taugliche Theorie zur Erfassung der Kausalität der Beihilfe kommt nach unserer Auffassung nur die Äquivalenztheorie in Frage[26]. Vom Standpunkte des geltenden Strafgesetzbuches, das die menschliche Willensbetätigung von dem durch sie bewirkten Erfolg aus wertet, heißt das, daß der Gehilfe durch seine Hilfeleistung eine Bedingung für den vom Haupttäter herbeigeführten Erfolg gesetzt haben muß, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß dieser damit nicht gleichzeitig entfiele. Ist objektiv eine Beihilfehandlung erfolgt, hat diese aber zum Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt nicht beigetragen, so kann im konsequenten Erfolgsstrafrecht nur eine versuchte Beihilfe in Betracht kommen, die nach geltendem Recht und herrschender Lehre straflos bleibt.

---

20 Traeger, „Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht" S. 134.

21 Archiv für zivilistische Praxis Bd. 90, S. 171 ff.

22 Sog. Theorie der objektiv nachträglichen Prognose, vgl. dazu v. Hippel, Deutsches Strafrecht II, S. 148 f.

23 Mezger Lb. S. 121.

24 Vgl. insbesondere v. Birkmeyer, „Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts".

25 Vgl. vor allem Vorbem. II zum 3. Abschn.

26 Die Frage nach der strafrechtlichen Haftung bleibt dabei außer Betracht.

Kommt es dagegen zum Versuche der Haupttat, und hat die Beihilfehandlung dazu beigetragen, ist sie Bedingung der in der Versuchsform begangenen Haupttat geworden, so liegt Beihilfe zum Versuch vor, die nach den §§ 49, 43 StGB und dem im fraglichen Falle in der Versuchsform begangenen Delikt zu bestrafen ist. So ist Beihilfe zum versuchten Diebstahl gegeben, wenn jemand dem Täter einen Dietrich zwecks Ausführung des Diebstahls gibt, der dann bei der Verwendung im Türschloß abbricht[27].

2. Nach Ansicht des Reichsgerichts.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in dieser Streitfrage zeigen eine schwankende Praxis, wenn auch festgestellt werden kann, daß der höchste deutsche Gerichtshof zumeist nicht gefordert hat, daß des Gehilfen Verhalten für den Erfolg des Haupttäters kausal geworden sein muß. Die Stellung des Reichsgerichts wird dabei umso eigenartiger, als es zwei Erfolge scheidet, nämlich die Beihilfehandlung als solche und den Erfolg des Haupttäters. Beide betrachtet es dann unter den Gesichtspunkten von Förderlichkeit und Ursächlichkeit. In E 58/113 ff. sagt das Reichsgericht, daß es nicht erforderlich sei, daß durch die Tätigkeit des Gehilfen der Erfolg der Haupttat ursächlich mitbewirkt, gefördert oder erleichtert werde. Es sei daher rechtsirrig, wenn man einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Gehilfentätigkeit und Erfolg des Haupttäters verlange. Allerdings müsse die Handlung des Haupttäters zu irgendeinem Zeitpunkt durch das Tätigwerden des Gehilfen tatsächlich gefördert worden sein. Vgl. auch E 67/191 ff. Daß das Reichsgericht ferner dem Begriffe der Förderlichkeit nicht Ursachenqualität zuspricht, kommt schon aus seiner Gegenüberstellung zum ursächlichen Mitbewirken zum Ausdruck. (Vgl. auch JW 1923/404 f.). Schon im Band 6 Seite 169 ff. hat das Reichsgericht im gleichen Sinne entschieden. Es führt dort aus, „. . .für den Tatbestand der Beihilfe reiche es hin, wenn die Tat selbst, die als eine und dieselbe sich darstellt, verübt und dem Täter zur Begehung der Straftat durch Rat oder Tat Hilfe geleistet worden ist, auch wenn die geleistete Hilfe für den Erfolg ohne Einfluß geblieben ist". Weiter in JW 1923/404 ff. 405: „Andererseits genügt für die Annahme der Beihilfe die Feststellung irgendeiner Betätigung zur Förderung des Täters bei der Straftat. Ein innerer Zusammenhang mit der Straftat in dem Sinne, daß sich der Gehilfe an der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals beteiligt haben müßte, wird nicht gefordert. Es kommt auch nicht darauf an, ob die geleistete Hilfe den Erfolg wirklich gefördert hat. Noch weniger ist erforderlich, daß sie eine Bedingung für das Zustandekommen des strafbaren Erfolgs war"[28].

---

[27] Vgl. Frank § 49, IV.

[28] Auf der gleichen Linie bewegen sich noch E 8/267 ff., 13/265 ff., 22/2 ff., 27/157 ff., 51/136 ff. und Rspr. 9/149, 724.

In E 13/265 ff. dagegen heißt es: „Es genügt, daß tatsächlich die bewußte Mitwirkung des Gehilfen psychisch oder physisch eines derjenigen Elemente abgegeben hat, aus denen sich die Tat so, wie sie konkret ausgeführt worden ist, nach der objektiven und subjektiven Seite hin zusammensetzt. Auf der gleichen Linie bewegt sich E 38/156 ff., wo es heißt: „Von einer Beihilfe durch Rat kann nicht die Rede sein, denn eine solche ist begrifflich da ausgeschlossen, wo die Handlung des Dritten sich nicht als Mitwirkung zu derjenigen des Täters darstellt, sei es, weil der Täter die dargebotene Mitwirkung ablehnt, oder von ihr keinen Gebrauch macht".

Nach unserer Auffassung ist der, wenn auch nicht einheitliche Standpunkt des Reichgerichts, wonach auch im geltenden Recht kein Kausalzusammenhang zwischen Beihilfehandlung und Erfolg der Haupttat zu fordern ist, unrichtig. Das geltende Recht fordert, abgesehen vom Versuch (§ 43 StGB), zur Strafbarkeit den Eintritt des Erfolgs; daß aber versuchte Beihilfe straflos sein soll, darüber ist man nach geltendem Recht einig. Es ist auch nicht einzusehen, daß man, wie das Reichsgericht annimmt, eine Handlung fördern kann, ohne das mitzuverursachen, was sie ursächlich herbeiführt[28a]. Der Sinn der reichsgerichtlichen Unterscheidung von Förderung und Verursachung ist mit Mezger (Grdr. S. 111) wohl folgendermaßen zu verstehen: „. . .Wer dem Einbrecher ein zur Tat nicht benütztes Werkzeug verschafft hat, der hat die Tat insofern gefördert, als er zu ihrer Ausführung günstigere Umstände schafft, — ohne daß dann freilich diese Umstände zur Ausführung der Tat benützt worden wären oder auch nur den Willen des Haupttäters innerlich gestärkt hätten. . .". Und wenn das Reichsgericht leugnete, daß der Beihilfehandlung Ursachenqualität zukommt, so hat es mit Rücksicht auf Strafwürdigkeitserwägungen das Prinzip des Erfolgsstrafrechts durchbrochen. Das bedeutet aber auch eine Verwischung der Grenzen zwischen strafbarer und nicht strafbarer Beihilfe.

3. Nach der Lehre.

Nach v. Liszt-Schmidt[29] ist die Beihilfe die Unterstützung der Handlung eines anderen, wobei durch die Beihilfehandlung auch tatsächlich eine Bedingung für den Erfolg der Haupttat gesetzt werden muß. Andernfalls liege nur (strafloser) Versuch der Beihilfe vor. Mezger[30] definiert die Beihilfe als „vorsätzliche Mitverursachung des Erfolgs durch Förderung des Verbrechens oder Vergehens eines vollverantwortlichen[31] Täters, sofern nicht Anstif-

---

[28a] Vgl. Birkmeyer „Teilnahme am Verbrechen", S. 169; Mezger Lb. S. 412 f., Grdr. S. 111.

[29] Lb. S. 340.

[30] Lb. S. 439.

[31] Mit Rücksicht auf § 51 Abs. 2 STGB schränkt Mezger jetzt selbst auf „verantwortlich" ein. Grdr. S. 118.

tung vorliegt". Auch Eberhard Schmidt[32] und Frank[33] verlangen, daß die Gehilfentätigkeit den strafrechtlich erheblichen Erfolg des Haupttäters mitverursacht, bzw. bedingt haben muß. Ebenso Perten[34] und Gerland[35]. Nach v. Hippel[36] ist die Teilnahme nichts anderes als die Mitverursachung des Erfolgs. Dieser Grundgedanke beherrsche auch die geschichtliche Entwicklung und komme in den Motiven zum StGB zum Ausdruck.

Eine abweichende Meinung dagegen vertreten Olshausen[37], Coenders[38], Kern[39] und Ebermayer, Lobe[40], Rosenberg. Nach ihnen kommt der Beihilfe nicht Ursächlichkeit hinsichtlich des Erfolgs (Erfolg im Sinne der Tatbestandsverwirklichung) zu.

VII. Einfluß der persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften.

1. Wenn diese strafbegründend sind.

Solche sind bei den sog. echten oder eigentlichen Sonderverbrechen (Delicta propria) gegeben. Bei ihnen ist die Möglichkeit der Täterschaft (auch der mittelbaren) auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Die Zugehörigkeit zu diesem qualifizierten Personenkreis, deren Angehörige man Intranei nennt, macht hier ein sonst strafloses Tun erst zu einem strafbaren. Nach h. L. kommt bei diesen Delikten die unselbständige Natur der Beihilfe voll zur Geltung; denn, liegen diese besonderen Verhältnisse und Eigenschaften beim Täter vor, so sind sie stets auch den Teilnehmern zuzurechnen[41]. Als Täter kann allerdings der Nichtqualifizierte, der Extraneus, nicht in Frage kommen. Das ergibt die Fassung der jeweiligen Sonderverbrechenstatbestände, die eben auf die Intranei zugeschnitten sind. Solche besondere strafbegründende Eigenschaf-

---

[32] „Die mittelbare Täterschaft" in Frank Festschrift I, S. 106 ff.

[33] § 49, I.

[34] Strafr. Abh. 198/190 ff.

[35] Grdr. S. 144.

[36] Lb. S. 161.

[37] § 49, 8. Erforderlich und genügend ist nach ihm, daß die Hilfeleistung den konkreten Vorgang des Verbrechens irgendwie tatsächlich beeinflußt hat.

[38] Coenders, „Strafrechtliche Grundbegriffe" S. 257 ff. und ZStW 46/1 ff. Coenders verlangt nur eine Beeinflussung des Verbrechens, die sich nicht einmal als Förderung oder Erleichterung auswirken muß.

[39] GS 92/125 ff., 136. Nach ihm genügt es, daß die Beihilfe die Ausführung des tatbestandsmäßigen Erfolges erleichtert, oder sie moralisch unterstützt; sie braucht aber nicht condicio sine qua non des Erfolgs sein.

[40] Lpz. K. § 49, 7; sie unterscheiden dabei zwischen Erfolg der Haupttat und dem der Beihilfe und verlangen nur eine Förderung der Begehung der Haupttat, nicht eine Förderung des tatbestandsmäßigen Erfolges.

[41] Vgl. v. Liszt-Schmidt S. 334; Meyer-Allfeld S. 230; Olshausen § 50, 2 E 22/51 ff.; 36/148 ff.

ten oder Verhältnisse, die also immer auch dem Teilnehmer (hier Sinne der §§ 48, 49 StGB) zugerechnet werden, sind z. B. die Eigenschaft als Beamter (§§ 331 ff.), Vormund (§ 266 Ziff. 1), männliches Geschlecht (§ 175) StGB.

2. Wenn diese strafändernd sind.

Nach h. L.[42] gehören hierher die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit[43] und die Rückfälligkeit[44]. Seit Einführung des § 2 n. F. wird man mit Mezger[45] die entsprechende Anwendung des § 50 StGB auf das Moment der Überlegung bei der Tötung (§ 211 StGB) bejahen müssen[46]. Hinsichtlich der erwähnten, unter § 50 StGB fallenden Umstände steht das Gesetz auf dem Standpunkt, daß sie höchstpersönlicher Natur sind, d. h. nur dann dem Gehilfen zugerechnet werden können, wenn sie in seiner Person zutreffen.

3. Wenn sie strafausschließend wirken.

Hier ist mit Mezger[47] anzunehmen, daß der Teilnehmer, also auch der Gehilfe, infolge des Grundsatzes der Akzessorietät nicht bestraft werden kann, wenn beim Täter ein Grund vorliegt, der entweder das Unrecht oder die Schuld der Tat beseitigt. In der Regel wird dann aber mittelbare Täterschaft anzunehmen sein. Außerdem ist die Sonderregelung des § 4 JGG zu beachten.

---

42 Vgl. Mezger Lb. S. 453 und Frank § 50, II.

43 Vgl. E 25/266 ff., 61/268 f. Die Gewerbsmäßigkeit kann aber auch strafbegründend sein, wie im § 285 StGB.

44 Vgl. E 54/274 ff.

45 Mezger Grdr. S. 122.

46 In E 25/266 ff., 269 verneinte der Oberreichsanwalt die Anwendung des § 50 auf die Überlegung, weil diese nichts Dauerndes sei, was das Wesen der Eigenschaft im Sinne von § 50 bestimme.

47 Lb. S. 454.

C. Die Stellung der Beihilfe im kommenden Recht.

I. In der Frage nach der Kausalität für den Erfolg.

Mit Rücksicht auf die überwiegende Rechtsprechung des Reichsgerichts und den eindeutigen Übergang des Rechts vom Erfolgs- zum Willensstrafrecht wird man in Zukunft die Streitfrage nach der Kausalität der Beihilfe für den Erfolg in dem Sinne entscheiden müssen, daß die Beihilfe nach Gehalt und Intensität des verbrecherischen Willens des Gehilfen und nicht darnach zu strafen ist, was dieser im Einzelfalle zur Erfolgsverwirklichung tatsächlich beigetragen hat[48]. Dafür insbesondere Hellmuth Mayer[49]. Es ist dies aber erst eine Konsequenz des Umbruchs der Weltanschauung und damit auch des strafrechtlichen Denkens, das in den Mittelpunkt seiner Wertung menschlichen Verhaltens nicht mehr das zu schützende Rechtsgut stellt, dessen Verletzung die strafrechtliche Haftung sanktioniert, sondern in erster Linie den verbrecherischen Willen des Täters. Schwierigkeiten wird allerdings nach wie vor bei der Beihilfe der Begriff des Förderns als Nichtverursachung des Erfolgs machen. Man wird darunter auch das Schaffen günstigerer Umstände für die Tat des Haupttäters zu verstehen haben[50]. Dies ist z. B. der Fall, wenn A mit B in Streit gerät und C dem A einen Revolver reicht, damit er den B erschieße. A, der zur Tötung des B selbst schon völlig entschlossen ist, ersticht den B aber mit seinem eigenen Messer. Hier hat C unter der Voraussetzung, daß er den A auch nicht durch Stärkung des Tatentschlusses psychisch beeinflußt hat, nur günstigere Umstände zur Ausführung der Haupttat geschaffen, ist für den Erfolg selbst nicht kausal geworden. Vom Standpunkt des konsequenten Erfolgsstrafrechts aus, versuchte Beihilfe, von dem des Willensstrafrechts aus, vollendete Beihilfe. Das Willensstrafrecht wird sich aber bei der Beihilfe über das „Fördern" hinaus auch gegen das bloße Helfen-Wollen (das auch noch psychisch keine Förderung der Haupttat enthält) wenden. Das Willensstrafrecht bedingt eine frühere Reaktion der Strafbestimmungen auf menschliches Verhalten als das Erfolgsstrafrecht. Seine Wirksamkeit beginnt, sobald der verbrecherische Wille irgendwie in die äußere Erscheinung getreten ist. Es muß sich also auch gegen den erkenntlichen Wil-

[48] Letzteres spielt nach wie vor seine Rolle bei der Strafzumessung.
[49] „Das Strafrecht des deutschen Volkes" S. 336.
[50] Mezger Grdr. S. 111.

len, einem andern bei der Ausführung eines Verbrechens zu helfen, wenden. Ein führender Gedanke der Strafrechtsreform „die Vorverlegung der Verteidigungslinie" (Freisler) kommt hier klar zum Ausdruck.

II. Restriktiver oder extensiver Täterbegriff?

Der extensive Täterbegriff besagt, daß jeder, der zur Deliktsverwirklichung in irgendeiner Form ursächlich geworden ist, als Täter anzusehen ist. Er steht also auf dem Standpunkt der rechtlichen Gleichwertigkeit aller Beteiligungsformen am Delikt. Der restriktive Täterbegriff dagegen besagt, daß nur derjenige Täter ist, der die Tat mit Täterwillen in eigener Person ausgeführt hat, sodaß andere nur mit besonderer Begründung, z. B. als Gehilfen, bestraft werden können.

Nach h. L. steht das geltende Strafgesetzbuch auf dem Standpunkt des restriktiven Täterbegriffs. Das bedeutet, daß die §§ 48, 49 StGB Strafausdehnungsgründe darstellen[51], während sie vom Standpunkte des extensiven Täterbegriffs aus Strafeinschränkungsgründe sind[52]. Ob dieser Standpunkt der h. L. richtig ist, mag hier dahingestellt bleiben[53]. Schon die Preußische Denkschrift[54] verlangte die Durchführung des extensiven Täterbegriffs im neuen deutschen Strafrecht. Norwegen hatte sich bereits in seinem Strafgesetzbuch von 1902 zur kausalen Gleichwertigkeit aller Teilnahmeformen bekannt, daraus aber nicht den Schluß auf eine begriffliche, juristische Gleichstellung aller Beteiligungsformen gezogen[54a]. Italien hat in seinem Strafgesetzbuch von 1930 den extensiven Täterbegriff durchgeführt. Die Preußische Denkschrift begründete ihre Forderung folgendermaßen: „Die Unterscheidung, die das StGB im Anschluß an die frühere Gesetzgebung und ebenso die Entwürfe zwischen Täter, Anstifter einerseits und Gehilfen andererseits machen, ist nicht gerechtfertigt. Dies trifft für alle Arten von Straftaten zu. Daß die Schuld des Gehilfen in der Regel geringer ist, als die des Täters oder Anstifters, kann nicht erkannt werden. Vielfach ist sogar die Verantwortung des Gehilfen für die Tat größer, als die des Täters. Jede Art der Mitwirkung an der Straftat stellt in gleicher Weise eine Gefährdung der Volksgemeinschaft dar. Deshalb besteht auch der im geltenden Recht und in den Entwürfen

---

[51] Eine Ausnahme sollten allerdings die Fahrlässigkeitsdelikte machen, bei denen das Gesetz vom extensiven Täterbegriff ausgehe. Man beachte etwa den Wortlaut des § 222 StGB, „Wer . . . verursacht. . .".

[52] Dohnanyi S. 97.

[53] Für die h. L.: Beling in „Die Lehre vom Verbrechen", Höpfner ZStW 27/465 ff., 469.; Perten „Strafr. Abh." 198/190 und Bruns „Kritik der Lehre vom Tatbestand" S. 56 u. a. dagegen: v. Liszt Lb. 21/22. Aufl. § 50; Eberhardt-Schmidt a.a.O. S. 106 ff. und Mezger Ltf. S. 40 f.

[54] S. 131.

[54a] Vgl. „Kritische Vierteljahrsschrift XXIX/1938 S. 484 ff.

aufgestellte Grundsatz, daß der Täter und Anstifter, — zum Teil auch straffrei sei, nicht zu Recht.

Art und Umfang der Mitwirkung an einer Straftat ist demnach nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Vorschlag: Bestraft wird, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, oder zu ihrer Begehung mitwirkt".

Der Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission stand in erster Lesung ebenfalls auf dem Standpunkte der rechtlichen Gleichwertigkeit aller für die Erfolgsherbeiführung kausalen menschlichen Willensbetätigungen. Man sah dabei im Sinne des Willensstrafrechts den Hauptvorteil des extensiven Täterbegriffs darin, daß durch Verselbständigung der Teilnahme diese ihrer Akzessorietät wenigstens in subjektiver Hinsicht entkleidet wurde[55]. Jeder sei nun für das verantwortlich, was er schuldhaft verursacht hat[56]. Um aber die Volkstümlichkeit des Gesetzestextes nicht zu gefährden, hatte man, selbstverständlich unter Beibehaltung der rechtlichen Gleichwertigkeit, sich entschlossen, durch eine exemplifikatorische Aufgliederung des alle strafbaren Formen der Beteiligung umfassenden Begriffs der Mitwirkung der Verschiedenartigkeit solcher Lebensvorgänge in der Volksanschauung Rechnung zu tragen. Uns interessiert weiterhin vor allem, daß der Beihilfe eine Sonderstellung zugebilligt wurde. Ausgehend von der Erkenntnis, daß rechtliche Wertgleichheit nicht gleiches Strafmaß bedeutet, billigte man der Beihilfehandlung eine Kannmilderung zu[57]. Begründet wurde dies damit, daß die Beihilfe als unterstützende Vorbereitungshandlung, als welche sie regelmäßig auftrete, schon rein äußerlich nicht so schwer wiege, wie die unmittelbare Ausführung der Tat und in ihr darüber hinaus meist eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens zum Ausdruck komme[58]. Infolge dieser Privilegierung der Beihilfe war es, um den kaum vermieden geglaubten Streit um die Abgrenzung der Beihilfe insbesondere gegen die Mittäterschaft nicht erneut zu entflammen, notwendig, die Beihilfe zu definieren. Eine weitere Privilegierung der Beihilfe war sodann darin zu erblicken, daß die geringfügigen Fälle fahrlässiger Beihilfe, die auf Grund des extensiven Täterbegriffs als fahrlässige Täterschaft (soweit die Schuldform der Fahrlässigkeit zur Begehung des in Frage stehenden Tatbestandes genügt) zu bestrafen gewesen wäre, ausdrücklich, insbesondere für die Fälle geringfügiger fahrlässiger Unterlassung, für straflos erklärt wurden. Um die Fälle strafwürdiger Beihilfe zu strafloser Selbstverletzung trotz der beibehaltenen limitierten Akzessorietät erfassen zu kön-

[55] Dohnanyi S. 97 ff.

[56] Grau in D. J. 1935/286 ff., 296, Dohnanyi S. 90, Klee in D.J.Z. 1934, Sp. 1303 und D.J. 1935 S. 178 ff.

[57] Von einer obligatorischen Strafmildung bei der Beihilfe glaubte die Kommission absehen zu müssen, weil nicht zu erkennen sei, daß die Beihilfe im Verhältnis zur Haupttat generell das geringere Unrecht darstelle.

[58] Dohnanyi S. 101.

nen, sollte im Bes. Teil eine ausdrückliche, diesen Fall regelnde Bestimmung geschaffen werden. Bei der Beihilfe zum Sonderdelikt wurde es für genügend erachtet, daß einer der Mitwirkenden dem qualifizierten Personenkreis angehörte, damit die für das Sonderdelikt geltende Strafe ausgesprochen werden konnte.

Die Kritik gegen die von der Kommission vorgeschlagene Regelung setzte in der Kommission selbst vornehmlich beim Akzessorietätsproblem ein. Man erklärte, daß es mit den Grundsätzen eines Willensstrafrechts unvereinbar sei, wenn man die Verantwortlichkeit für eigenes Tun überhaupt von dem Tun anderer abhängig machte. Sollte doch jeder nach seiner Schuld bestraft werden, sofern er seinen verbrecherischen Willen geäußert hatte. Das aber bedeutet die Verwerfung der Akzessorietät schlechthin. Erst dadurch könne die Durchführung des extensiven Täterbegriffs ermöglicht werden.

Welche Konsequenzen ergeben sich nun aber aus der Durchführung des extensiven Täterbegriffs für die uns interessierende Beihilfe? Einmal müssen bei Rechtsgleichheit von Täterschaft und Beihilfe für letztere die gleichen Voraussetzungen gelten, wie für erstere. D. h. aber, daß die Hilfeleistung für den Erfolg kausal sein muß. Wenn also z. B. ein Dieb von einem Bekannten einen Nachschlüssel zwecks Ausführung eines Diebstahls ausgehändigt bekommt, diesen aber ohne Verwendung des Schlüssels ausführt, so könnte der Geber desselben, sofern man von einer moralischen Stärkung des Täters absieht, nicht mehr wegen Beihilfe bestraft werden, weil seine Hilfeleistung für die Ausführung des Diebstahls nicht kausal geworden ist. Dies ist zweifellos vom Standpunkte eines streng durchgeführten Erfolgsstrafrechts aus richtig, nicht aber im Sinne des kommenden Willensstrafrechts, das seinen Zweck nicht mehr in einer Reaktion auf geschehenes Unrecht findet, sondern in einer dauernden Selbstreinigungsapparatur des Volkskörpers[59].

Schwerer noch würde die Einengung der Strafbarkeit infolge der Durchführung des extensiven Täterbegriffs bei den subjektiv qualifizierten Delikten liegen. Der uns interessierende Gehilfe müßte bei diesen selbst „absichtlich", „böswillig", „roh" oder „eigennützig" handeln, um aus dem betreffenden Delikt bestraft werden zu können, da er ja wie ein Täter behandelt würde. Im geltenden Recht dagegen genügte, was zweifellos gerechter erscheint, für die Strafbarkeit des Gehilfen der bloße Vorsatz[60]. Dieser subjekitv qualifizierten Tatbestände wird aber auch das neue deutsche Strafrecht nicht entbehren können, wenn nicht die Elastizität und Anschaulichkeit des Gesetzes grundlos gefährdet werden soll[61].

Eine weitere Konsequenz der rechtlichen Gleichwertigkeit von Täterschaft und Beihilfe würde sich ferner daraus ergeben, daß

---

59 Freisler in Gürtner, „„Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung", S. 14.

60 Dohnanyi S. 112.

61 Vgl. Lange, „Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf" S. 68.

die Beihilfe zu Übertretungen, die nach dem Wortlaut von § 49 StGB straflos bleibt, als Täterschaft des betreffenden Übertretungstatbestandes bestraft werden müßte. Fördert also z. B. A einen Mundraub des C beim B durch eine pflichtwidrige Unterlassung, so wäre A nach obiger Ausführung wegen Täterschaft der Übertretung aus § 370 Ziff. 5 StGB zu bestrafen, wofür ein krimialpolitisches Bedürfnis nicht zu erkennen ist.

Auch der Versuch der Teilnahme würde denselben Bedingungen unterworfen, wie die Täterschaft. Das würde Ergebnisse zeitigen, die jeder materiellen Gerechtigkeit widersprechen. Man denke etwa, daß der A den Entschluß des B einen Mord zu begehen fördert. Wird B auf dem Wege zur Verbrechensverwirklichung verhaftet, so hat er straffrei zu bleiben, weil noch kein Anfang der Ausführung nach § 43 StGB als Minimum strafbaren Verhaltens in seiner Person vorliegt. Der A dagegen müßte nach dem extensiven Täterbegriff wegen Beihilfe zum Mord zur Rechenschaft gezogen werden, da nach dem extensiven Täterbegriff versuchte Beihilfe, wie versuchte Täterschaft zu behandeln wäre. Auch das Fehlen des objektiven Tatbestandes würde dem nicht im Wege stehen, weil ja die Akzessorietät bei Durchführung des extensiven Täterbegriffs vollständig wegfällt. Obiges Ergebnis könnte auch nicht durch einen Hinweis auf das Willensstrafrecht gerechtfertigt werden, denn der von B gezeigte verbrecherische Wille ist zumindest so stark wie der des A. Es ist ferner auch nicht angängig, daß derjenige, dessen Absicht Geld zu fälschen, bis zu der in § 151 StGB bezeichneten Vorbereitungshandlung gediehen ist, mit Gefängnis bestraft wird, während derjenige, der dazu Beihilfe leistet, wegen versuchter Beihilfe, nach dem extensiven Täterbegriff, also wegen versuchter Täterschaft des Delikts des § 146 StGB mit Zuchthaus belegt werden müßte[62]. Bei der Beihilfe zum Selbstmord müßte eine privilegierende Sondervorschrift vermeiden, daß, da der Gehilfe regelmäßig mit Überlegung handeln wird, die Vorschrift des § 211 StGB Platz greifen müßte[63].

Weitere Schwierigkeiten würden die eigenhändigen und die uns noch besonders interessierenden Sonderdelikte bereiten. Bei ersteren, für die die Tatbestände der §§ 172, 173, 175 StGB Beispiele sind, kommt es darauf an, daß die Ausführungshandlung eine bestimmte Beschaffenheit hat, daß also nicht jeder, der zur Erfolgsverwirklichung kausal wird, als Täter dieser Delikte in Betracht kommen kann. Die Tatbestandsmerkmale, die nach dem Willen des Gesetzgebers in eigener Person verwirklicht werden müssen, könnten dem Gehilfen nicht ohne Errichtung von Sondervorschriften bei den jeweiligen Delikten zugerechnet werden.

---

[62] Vgl. Ellger, „Der weite Täterbegriff im kommenden deutschen Strafrecht" D.J. 1935/216 ff. 221.

[63] Im geltenden Recht bleibt die Beihilfe zum Selbstmord infolge der Straflosigkeit des Selbstmordes wegen der Akzessorietät der Beihilfe straflos.

Ähnlich wäre die Sachlage bei den sog. eigentlichen Sonderdelikten[64]. Infolge des Wegfallens der Akzessorietät müssen beim Gehilfen dieselben Voraussetzungen vorliegen, wie beim Täter. Auch hier müßten ausdrückliche Sondervorschriften die Strafbarkeit des nichtqualifizierten Gehilfen bestimmen.

Abschließend ist festzustellen, daß die reine Durchführung des extensiven Täterbegriffs zu einer ganzen Anzahl ungewollter und unhaltbarer Konsequenzen allein schon in Bezug auf die Beihilfe führt. Für eine freiere Gesetzesanwendung erscheint aber die praktische Bedeutung des Streites um den extensiven oder restriktiven Täterbegriff, wie ihn Zimmerl[65] formuliert hat, verhältnismäßig gering. Denn letzten Endes läuft es auf dasselbe hinaus, ob man einen umfassenden Täterbegriff zu Grunde legt, um diesen dann einzuschränken, oder ob man restriktiv einen Täterbegriff genau abgrenzt und diesem dann Strafausdehnungsgründe anhängt. Seit Einführung des § 2 n.F. StGB können so oder so strafwürdige Fälle erfaßt werden, sodaß praktischen Bedürfnissen des Einzelfalles genügt werden kann[66].

---

64 Bei den uneigentlichen Sonderdelikten trifft § 50 StGB eine positive Sonderregelung.

65 Zimmerl ZStW 49/39 ff.

66 Vgl. Mezger Grdr. S. 112.

D. Die Beihilfe durch Unterlassung insbesondere.

Wo im folgenden nichts anderes ausgeführt wird, gelten für die Beihilfe durch Unterlassung dieselben Grundsätze, wie für die Beihilfe im allgemeinen.

I. Die Beihilfe durch Unterlassung als besondere Form der sog. unechten Unterlassungsdelikte.

Das Gesetz selbst enthält vereinzelt Tatbestände, die Fälle der Beihilfe durch Unterlassung positiv regeln. So z. B. die §§ 121, 347 StGB, die sich gegen das Entweichenlassen von Gefangenen seitens den zur Beaufsichtigung Verpflichteten wenden. Ferner § 357 StGB (Duldung der Begehung strafbarer Handlungen seitens Untergebener durch den Amtsvorgesetzten) und mehrere Amtsdelikte, wie etwa die §§ 340, 341 StGB. Der Kreis der strafbaren Beihilfe durch Unterlassung ist aber wesentlich größer, denn, wie schon erörtert, stellt sich die Beihilfe durch Unterlassung als eine besondere Form der sog. unechten Unterlassungsdelikte dar. Es müssen für die Beihilfe durch Unterlassung daher aber auch dieselben Grundsätze gelten, wie bei den unechten Unterlassungsdelikten. Daraus ergibt sich als hervorstechendstes Charakteristikum der Beihilfe durch Unterlassen, daß, ebenso wie bei der Täterschaft durch Unterlassen, eine Pflicht zur Erfolgsabwendung bestehen muß. Die bloße Unterlassung kann also auch beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nicht als Beihilfe bestraft werden, wenn man u. E. zu Recht bejaht, daß unter Hilfeleisten durch Rat oder Tat im Sinne von § 49 StGB nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Unterlassung mit inbegriffen sein soll[67]. Beling[68] bestreitet dies. Er führt aus, daß nach der h. L. der im § 139 StGB geregelte besonders schwere Fall der passiven Beihilfe nur mit Gefängnis bedroht würde, während andere, viel leichtere Fälle der passiven Beihilfe mit viel schwereren Strafen belegt werden müßten. So wäre beispielsweise die Nichtanzeige eines bevorstehenden Mordes mit Gefängnis, sonstige passive Mordbeihilfe mit Zuchthaus zu bestrafen. Der Beling'sche Einwand scheidet aber schon deswegen aus, weil § 139 StGB überhaupt keinen Fall der sog. passiven Beihilfe, der Beihilfe durch Unterlassung, regelt, sondern selbständiger Tatbestand eines echten Unterlassungsdeliktes ist. Beling argumentiert weiter, daß die passive Beihilfe ent-

[67] Dafür die h. L.

gegen der h. L. straflos bleiben müsse, weil unter den strafbaren Formen der Beihilfe nach § 49 StGB nur ein Hilfeleisten durch Rat oder Tat zu verstehen sei. Hierunter aber falle die durch eine Unterlassung geleistete Beihilfe nicht, denn „Tat" im Sinne von § 49 StGB sei nicht identisch mit dem Begriff der Handlung, der das Unterlassen mit umfaßt. Nach Beling müßte daher die passive Beihilfe, da sie nicht unter die Strafdrohung des § 49 StGB fällt, mangels einer anderen Bestimmung straflos bleiben. Nun kann es wenigstens unter der Herrschaft des § 2 n. F. StGB keinem Zweifel mehr unterliegen, daß das Wort „Tat" im § 49 StGB soweit auszulegen ist, daß auch die Unterlassung mit inbegriffen ist. Damit unterfällt die Beihilfe durch Unterlassung auch der Strafdrohung des § 49 StGB. Eine andere Frage ist allerdings die, ob auch im kommenden Strafrecht die Unterlassung überhaupt, also auch die Beihilfe durch Unterlassung hinsichtlich des Strafmaßes immer der aktiven Täterschaft, bzw. der Beihilfe durch aktive Tätigkeit gleichgestellt werden soll. Hier möchten wir uns auf den Standpunkt stellen, daß bei der Begehung durch Unterlassung eine Kannmilderung im Strafmaß angebracht ist, weil sich wohl regelmäßig oder wenigstens häufig im Unterlassenden eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens offenbart, als im aktiv Handelnden.

II. Wesen und Verhältnis der echten und unechten Unterlassungsdelikte zueinander.

Der Gehilfe muß verpflichtet sein, den Erfolg abzuwenden, wenn er wegen Beihilfe durch Unterlassung in Anspruch genommen werden soll. Es ergibt sich für ihn die Pflicht zur Erfolgsabwendung aus denselben Gründen, wie sie sich für den Täter durch Unterlassung ergibt. Es ist daher, soweit es für unser Thema notwendig erscheint, auf das Wesen der unechten Unterlassungsdelikte einzugehen. Nach Mezger[69] liegt das Wesen der echten Unterlassungsdelikte darin, daß die Strafbarkeit der Unterlassung unmittelbar an die Unterlassung des Handelns anknüpft, zu dem der Unterlassende verpflichtet war, in § 330 c StGB also an die unterlassene Hilfeleistung, in § 139 StGB an die unterlassene Verbrechensanzeige. Ein Verstoß gegen § 139 StGB ist also ein reines Ommissivdelikt, § 139 StGB ist kein Fall der negativen Beihilfe, wie in der Literatur manchmal fälschlich behauptet wird[70]. Knüpft dagegen die Strafbarkeit an den, durch die Unterlassung bewirkten bestimmten Erfolg an, so liegt ein sog. unechtes Unterlassungsdelikt, ein Kommissivdelikt durch Unterlassung vor. Die Beihilfe durch Unterlassung ist ein Begehungsdelikt, sie verstößt nicht wie die unterlassene Verbrechensanzeige gegen ein rechtliches

[68] Beling, „Grundzüge des Strafrechts" S. 66, bestreitet dies.

[69] Mezger Ltf. S. 43.

[70] Siehe z. B. Mintz, „Die Lehre von der Beihilfe" S. 169 f. und Beling a.a.O.

Gebot, sondern gegen ein Verbot[71]. Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt sind also substanziell verschieden[72].

Möglich ist allerdings, daß mit der Pflicht zum Handeln, die sich aus einem echten Unterlassungsdelikt ergibt, eine Pflicht zur Erfolgsabwendung konkurriert. Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt stehen dann in Idealkonkurrenz[73]. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Vater bewußt das Vorhaben eines anderen sein Kind zu töten weder anzeigt, noch die Ausführung des Verbrechens verhindert, weil er selbst das Kind loshaben will.

III. Die Problemstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten.

Das eigentliche Problem der unechten Unterlassungsdelikte liegt darin, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gleichstellung mit dem aktiven Täter bzw. Gehilfen vollzogen werden kann[74]. Unbestritten muß zur reinen Unterlassung noch ein Plus hinzukommen, das jene Gleichstellung rechtfertigt. Dieses Plus hat man vornehmlich auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit der Unterlassung gesucht.

IV. Rechtspflicht- oder Pflichtwidrigkeitskriterium?

Es ist das Verdienst der Kieler Schule und insbesondere Schaffsteins, die Marschrichtung für eine Erfassung der unechten

---

[71] Es ist hier davon abgesehen, daß sich die Pflicht zum Tätigwerden auch aus einer Gebotsnorm im Sinne des Rechtspflichtkriteriums stützen kann und dann die Beihilfe durch Unterlassung eigentlich gegen eine Verbots- und gegen eine Gebotsnorm verstößt.

[72] Geht man mit Mezger a.a.O. u. E. richtig davon aus, daß es beim Unterschied zwischen echtem und unechtem Unterlassungsdelikt darauf ankommt, ob die Strafbarkeit an das Unterlassen selbst oder an den dadurch herbeigeführten Erfolg anknüpft, so ist die Meinung Drost's in GS 109/1 ff. abzulehnen, der die herkömmliche Scheidung zwischen echtem und unechtem Unterlassungsdelikt bestreitet.

[73] Vgl. Mezger ZStW 57/675 ff., 648 f. und Reichsgericht in E 71/187 ff. 189. Letztere Entscheidung bringt allerdings nicht die Gründe, aus denen mit der Haftung aus dem echten Unterlassungsdelikt eine solche für den Erfolg, also aus einem unechten Unterlassungsdelikt gegeben ist. Zu widersprechen ist ihr, soweit (S. 189) die Pflicht zur Erfolgsabwendung aus § 330 c StGB abgeleitet wird. Das ist nicht richtig und müßte in konsequenter Durchführung dazu führen, daß aus jedem echten Unterlassungsdelikt ein unechtes Unterlassungsdelikt würde. Siehe dagegen Schaffstein in Gegenwartsfragen, „Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts" S. 70 ff., 81 ff. A. M. ist z. B. Nagler in „Die Problematik der Begehung durch Unterlassung" GS 111/2 ff. 20. Nach ihm stehen echtes und unechtes Unterlassung" GS 111/2 ff. 20. Nach ihm stehen echtes und unechtes Unterlassungsdelikt im Verhältnis der materiellen Subsidiarität. Demnach tritt das Gebot des echten nur da in Kraft, wo das Verbot des unechten Unterlassungsdeliktes aufhört zu wirken. Vgl. dazu auch Binding, „Die Normen" II, 1; 2. Aufl. Lpz. 1914 S. 550[10].

[74] Nagler in GS 111/2 ff.

Unterlassungsdelikte in einem unserer Weltanschauung angepaßten Sinne gewiesen zu haben. Darüber können auch die zahlreichen Gegner nicht hinwegtäuschen, die ihre Angriffe zumeist an den neuen, schlagwortartigen Begriffsbildungen der Kieler Schule wie „wesenhaft", „konkretes Ordnungsdenken", „ganzheitliche Betrachtungsweise" usw. einsetzen. Mögen diese Redewendungen auch den Anschein schlagwortartiger Verbrämung unbestimmter, rationaler Analyse nicht restlos zugänglicher Begriffe erwecken, so ist doch nicht zu übersehen, daß die Kieler Schule insbesondere durch ihre Lehre von den unechten Unterlassungsdelikten eine tiefgehende Befruchtung der neuen Strafrechtswissenschaft bewirkt hat.

Gerade auf dem Gebiete der unechten Unterlassungsdelikte setzte der Kampf gegen das überkommene, normativistische und positivistische Rechtsdenken ein, das bei den unechten Unterlassungsdelikten zur Errichtung des sog. Rechtspflichtkriteriums im Sinne der Normwidrigkeit geführt hatte. Dieses baut sich auf die Lehre vom Tatbestand und ihrem neutralen Ansichdenken auf[75]. An seine Stelle soll ein lebendiges, wesenhaftes und konkretes Ordnungsdenken treten. Richtig verstanden geschieht das nicht im Sinne einer Antithese zum Normativismus. Im völkischen Rechtsdenken ist beides nicht von einander zu trennen. Man kann ja auch im völkischen Staate des gesetzten Rechts nicht entbehren. Manche konkrete Ordnung eines modernen Staates erhält ja ihre konkrete Form erst durch das positive Recht. Die Erneuerung wendet sich nicht gegen das gesetzte Recht, sondern gegen das Nur-in-Normen-Denken[76]. Den rechten Weg zeigt hier wohl § 2 n. F. StGB, der für die Bestrafung einer nicht tatbestandsmäßigen Tat verlangt, daß diese nicht nur nach gesundem Volksempfinden Bestrafung erfordert, sondern auch, daß auf sie der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft. Recht ist also richtig gesehen konkrete Ordnung und Norm[77].

1. Rechtspflichtkriterium und Reichsgericht.

Das Rechtspflichtkriterium statuierte bekanntlich in jenen Fällen eine Haftung für den nicht abgewendeten Erfolg, wo der Täter bzw. der Gehilfe aus Gesetz, (einschließlich anderer Rechtssätze, wie z. B. Verordnungen) Rechtsgeschäften (insbesondere Verträgen), Amtsstellung, Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus vorausgegangenem (auch schuldlosem) gefährlichem Tun zur Abwendung desselben verpflichtet war. Sollte jemand also wegen einer Unterlassung als Gehilfe belangt werden, so mußte er einmal durch

---

[75] Dahm in Grundfragen, „Verbrechen und Tatbestand" S. 62 ff.

[76] Siehe dagegen Schwinge-Zimmerl in „Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken", die von der sog. Kieler Richtung eine Auflösung des Strafrechts befürchten, dessen ruhender Pol gleichsam der Tatbestand sei, um den sich die anderen Phänomene gruppieren.

[77] Vgl. Mezger in Z. d. Akad. f. d. R. 1937/417 ff.

seine Unterlassung das Tun des Haupttäters gefördert haben, und aus einem der oben benannten Gründe zur Erfolgsabwendung verpflichtet gewesen sein. So hat der Zuchthaushilfsaufseher in E 53/292 durch untätiges Verhalten den Diebstahl der Zigaretten durch die Sträflinge gefördert, obwohl er infolge seiner Amtsstellung verpflichtet gewesen wäre, solche Ausschreitungen der ihm zur Beaufsichtigung zugewiesenen Strafgefangenen zu verhindern. E 56/168 ff. sieht dann in der bloßen Nichtverhinderung einer Abtreibung durch den Verlobten eine nicht strafbare Beihilfe durch Unterlassen. Zwar sei die Braut durch das untätige Verhalten ihres Verlobten in ihrem verbrecherischen Entschlusse gefördert worden, aber der Verlobte habe nur gegen eine rechtlich irrelevante moralische Pflicht verstoßen, als er die Abtreibung nicht verhinderte. Das Verlöbnis (§ 1297 BGB) erzeuge nicht einmal einen dem durch die Eheschließung begründeten Rechts- und Pflichtenkreis ähnlichen Kreis! Andererseits wird vom Reichsgericht in E 69/349 ff. der Adjudant eines SA-Standartenführers wegen Beihilfe zur Führerflucht verurteilt, weil dieser es unterlassen hat, den Kraftwagenführer, der seiner Befehlsgewalt unterstand, zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Die Pflicht des SA-Standartenführeradjudanten dies zu tun, entnimmt das Reichsgericht neben der Dienstvorschrift der SA den §§ 3 und 4 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933. Weiter sieht das Reichsgericht dann in E 70/82 ff. darin eine Beihilfe durch Unterlassung zu einer Meineidsleistung, daß der Rechtsbeistand eines Zeugen es bewußt unterläßt, diesen von einer falschen Aussage vor Gericht und deren Bekräftigung durch den Eid abzuhalten. Der Rechtsbeistand habe gemäß § 138 ZPO (in der Fassung vom 8. November 1933) eine Rechtspflicht ohne Rücksicht auf die Interessen seiner Partei das Gericht bei der Findung der Wahrheit zu unterstützen und gegebenenfalls das Zustandekommen unwahrer, eidlicher Zeugenaussagen zu verhindern. In E 71/187 ff. konstruiert das Reichsgericht eine Beihilfe durch Unterlassung zum Mord aus der Verletzung der Nothilfepflicht des § 330 c StGB.

2. Kritik und Pflichtwidrigkeitskriterum.

Die vom Reichsgericht behandelten Fälle erscheinen uns in mehrfacher Beziehung lehrreich. Zunächst verkennt das Reichsgericht offensichtlich die Tatsache, daß nicht jede Rechtspflicht zum Handeln für die Nichtabwendung des Erfolges gerade strafrechtlich haftbar macht. So legen die Bestimmungen der §§ 3, 4 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933 den Mitgliedern der SA wohl erhöhte Pflichten auf, ihr Sinn und Zweck ist aber nicht, daß der gegen diese Pflichten Verstoßende strafrechtlich vor den ordentlichen staatlichen Gerichten zur Verantwortung gezogen werden soll. Der Wille des Gesetzgebers geht in diesen Bestimmungen vielmehr darauf,

daß die Verletzung jener Pflichten vor der Partei- bzw. SA-Gerichtsbarkeit zur Verantwortung gebracht werden soll[78]. Ähnlich ist es hinsichtlich des § 138 n. F. ZPO. Dieser begründet für die Prozeßparteien die Pflicht, ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Selbst wenn man nun bejaht, daß die Parteien auf Grund des § 138 n. F. ZPO auch eine Pflicht trifft, im Prozeß aussagende Zeugen zur Wahrheit anzuhalten, so bleibt doch zu beachten, daß § 138 n. F. ZPO eine prozeßrechtliche Norm ist, deren Nichtbeachtung in Ermangelung besonderer Vorschriften nur prozeßrechtliche Folgen zeitigen kann[79]. Mezger[80] hat hinsichtlich der strafrechtlichen Haftung bei den unechten Unterlassungsdelikten treffend ausgeführt: „Erforderlich zur Haftung für den Erfolg ist eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung, die den erweislichen Sinn hat, eine strafrechtliche Haftung für den Erfolg begründen zu wollen. Es genügt mithin nicht, das bloße Bestehen der Pflicht, selbst dann nicht, wenn diese Pflicht auferlegt ist, damit Erfolge dieser Art abgewendet werden".

Fehlerhaft erscheint auch E 71/187 ff., wo § 330 c StGB zur Begründung einer Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung herangezogen wird. Dies ist nicht angängig, denn die Haftung für einen durch eine Unterlassung herbeigeführten Erfolg bedarf einer besonderen, aus einem besonderen Pflichtenverhältnis entspringenden Pflicht zur Erfolgsabwendung. Nach § 330 c StGB wird aber nicht wegen des nicht abgewendeten Erfolges, sondern nur wegen des bloßen Unterlassens der Hilfeleistung bestraft. Interessant ist aber an der angezogenen Entscheidung, daß das Reichsgericht dort die Pflicht zur Erfolgsabwendung auch dem ehebrecherischen Verhältnis des Angeklagten zur Frau des Verletzten entnahm. Es können also auch sitten-, ja rechtswidrige Beziehungen solche Pflichten begründen.

Es ist aber auch nicht einzusehen, warum das Reichsgericht sich zur Abgrenzung der strafbaren Unterlassungstat zur nicht strafbaren immer noch des Rechtspflichtkriteriums bedient. Man muß dabei allerdings zugeben, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts durchwegs den Anforderungen der gesunden Volksanschauung im Ergebnisse entsprechen. Dieses Ziel zu erreichen, gelingt dem Reichsgericht aber nur dadurch, daß es unter Aufgabe der theoretischen Folgerichtigkeit sittliche Pflichten in erweitertem Umfange zu Rechtspflichten stempelt und so den unliebsamen Konsequenzen des streng aufgefaßten Rechtspflichtkriteriums zu entgehen weiß[81]. Es geht nun aber nicht an, daß die Pflicht zur Er-

[78] Vgl. Drost in GS 109/1 ff. 38 f.

[79] Drost a.a.O. A.M. Kohlrausch ZStW 56/176 ff. 179.

[80] Mezger Lb. S. 140.

[81] Erwähnt seien an dieser Stelle auch die Versuche Sauers und Kissins durch Herausarbeiten des Begriffs der materiellen Rechtswidrigkeit, die praktisch unhaltbaren Auswirkungen des formalen Rechtswidrigkeitskriteriums zu parieren. Sie scheiterten an der rationalistischen Interessenab-

folgsabwendung, die bei den unechten Unterlassungsdelikten Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit ist[82], völlig andersgearteten, oft strafrechtsfremden und daher auch anderen Regeln unterworfenen Rechtsgebieten entnommen wird. Man denke dabei etwa an das zivilrechtliche Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag[83].

Ein praktisch sehr bedeutsamer Vorstoß in der Richtung auf das Pflichtwidrigkeitskriterium ist ja bereits die von Lehre und Praxis anerkannte Statuierung des vorangegangenen Tuns als den Unterlassenden rechtlich verpflichtenden Grund. Dem von uns vertretenen Standpunkt nähert sich das Reichsgericht sachlich auch bereits beträchtlich, wenn es in E 66/71 ff. ausführt: „. . . Die Frage, ob eine allgemein anerkannte Pflicht dem weiteren Kreis der sittlichen Werte oder dem darin eingeschlossenen Gebiet der rechtlichen Anforderungen angehört, hängt nicht nur davon ab, welche Ausgestaltung in den Einzelheiten das eingreifende Gesetz gewählt, also beim Strafgesetz, welche einzelne Begehungsart es gewählt hat, sondern vornehmlich davon, aus welcher aus dem Sinne der Gemeinschaft heraus entwickelten Vorstellung vom Recht seine Vorschriften aufgebaut sind". Vgl. dazu auch E 69/32 ff. So aufgefaßt sind Recht und völkische Sittenordnung nicht sich überschneidende, sondern einander einschließende Kreise. Und wenn das Reichsgericht dann noch fortfährt: „die sittliche Pflicht kann zur Rechtspflicht werden für Menschen, die der Außenwelt in so enger Lebensgemeinschaft verbunden gegenüber stehen, wie es in der Familie oder der häuslichen Gemeinschaft der Fall zu sein pflegt", so hat es ja im Grunde genommen, wenn auch auf einem Umwege, seinen früheren Standpunkt im wesentlichen bereits selbst aufgegeben.

Es wäre auch ein unhaltbares Ergebnis, wenn etwa der Zuchthaushilfsaufseher in E 53/292 ff. deshalb straflos bleiben müßte, weil sein Anstellungsvertrag aus irgendeinem Grunde nichtig war, und für ihn infolgedessen auch nicht die Rechtspflichten bestehen konnten, die einen ordnungsgemäß angestellten Aufseher treffen. Der Knecht, der untätig zusieht, wie ein Landstreicher die Scheune seines bäuerlichen Dienstherrn in Brand setzt, kann nicht straflos bleiben, weil sein Dienstvertrag infolge von Minderjährigkeit und mangelnder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht rechtswirksam geworden ist. Hat er durch sein untätiges Verhalten das Vorhaben des Landstreichers gefördert, so ist er wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Brandstiftung ebenso zu behandeln, als wäre sein Dienstvertrag voll wirksam, wenn man von den eventuell

---

wägung, an dem zergliedernden Verfahren bei der Frage nach dem „Mehr Nutzen als Schaden", das mit dem wirklichen Wesen vom Täter unvereinbar ist. Sauer: „Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung" in Frank Festschrift I, S. 202 ff. Kissin: „Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten" Strafr. Abh. 317/1933.

82 Schaffstein in Gegenwartsfragen S. 99.

83 Schaffstein in Gegenwartsfragen S. 70 ff. und Traeger in „Das Problem der Unterlassungsdelikte in Straf- und Zivilrecht" S. 97.

zutreffenden Besonderheiten des JGG absieht. Den unehelichen Vater, der sein Kind in hilfloser Lage verläßt, sodaß es umkommt, trifft zwar keine formale Rechtspflicht zur allgemeinen Fürsorge für das Kind, weil er nach den einschlägigen Vorschriften des BGB. nicht als mit dem Kinde verwandt gilt. Trotzdem erscheint er uns nach den §§ 211 ff. für den Tod des Kindes strafrechtlich verantwortlich. Vgl. E 66/71. Hat er es aber bewußt unterlassen, die uneheliche Mutter davon abzuhalten, das Kind zu töten, so ist er als Gehilfe zu betrachten und nicht etwa nur wegen unterlassener Verbrechensanzeige aus § 139 StGB zu bestrafen. Die tatsächliche Blutsverwandtschaft zu dem Kinde erzeugt Beziehungen und Pflichten, die über die Erfüllung der gesetzlich geregelten Unterhaltspflicht hinausgehen. Die angeführten Beispiele zeigen wohl zur Genüge, daß im völkischen Recht der aus der lebendigen Sittenordnung stammende Gedanke der Pflichtwidrigkeit zur Abgrenzung der unechten Unterlassungsstraftat heranzuziehen ist. Das bedingt tiefwirkende Änderungen. Schaffstein[84] sagt dazu: „Die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung ist freilich mehr als nur eine neue Formel für eine alte Sache. Sie dringt an die Wurzeln der Strafrechtsgestaltung und bringt tiefgreifende Umwälzungen mit sich. So muß ein Pflichtenstrafrecht notwendig ausgehen von der Person des Verpflichteten und ihrem konkreten Pflichtenkreis, und hebt eben deshalb den alten Gegensatz von Tatstrafrecht und Täterstrafrecht in einer höheren Ebene auf. In diesem Sinne gibt die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung dem neuen und schon so oft mißverstandenen Begriff des Willensstrafrechts erst seinen eigentlichen Gehalt". Bei der Abgrenzung der unechten Unterlassungsstraftat kommt es also insbesondere auf die konkrete personale Stellung des Verpflichteten und auf die sich daraus ergebenden Pflichten an. Hier zeigt sich eine starke Verwandtschaft die besonderen Pflichten nur den zu einem qualifizierten Personenkreis Gehörigen. Es sind konkrete Lebensbeziehungen und daraus entspringende konkrete Gemeinschaftsverhältnisse, die die Abgrenzung der strafbaren Unterlassungstat ermöglichen, wie z. B. die konkreten Ordnungen, Familie, Ehe, Hausgemeinschaft, Heer, Staat usw. Bestehen solche konkrete Lebensbeziehungen und insbesondere Gemeinschaftsverhältnisse, so kann es nicht mehr darauf ankommen, daß auch ein formeller Rechtssatz vom Unterlassenden die Abwendung des Erfolgs verlangt. Andererseits ist aber daran festzuhalten, daß nur Beziehungen ganz konkreter Natur die Unterlassung im Rechtssinne pflichtwidrig machen. Wenn also A den völlig fremden B nicht vor dem Tode des Ertrinkens rettet, obwohl er könnte, so ist die Unterlassung des A, wenn sie auch auf den ersten Blick als strafwürdig erscheint, keine Unterlassung im Rechtssinne, weil konkrete Beziehungen fehlen, auf Grund deren er verpflichtet gewesen wäre, den B zu retten. Auch eine völkische

---

[84] Grundfragen, „Das Verbrechen als Pflichtverletzung" S. 108 ff. 114.

Sittenordnung, die auf der Gemeinschaft aufbaut, wird im gegebenen Falle das Nichteingreifen des A nicht unter Strafe stellen, wenn nicht einer ungewollten und unzweckmäßigen Vielstraferei das Wort geredet werden soll. Andernfalls müßte sich ja jeder Volksgenosse dauernd um die anderen kümmern, um eventuell drohende Schäden von diesen abwehren zu können. Man kann sich leicht vorstellen, daß hierdurch erst ein gedeihliches Zusammenleben und Zusammenwirken empfindlich gestört würde.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts bietet zahlreiche Beispiele für Lebensverhältnisse, die die Pflichtwidrigkeit der Unterlassung begründen. So treffen solche besonderen Pflichten z. B. die Großmutter des unehelichen Kindes E 64/316; den unehelichen Vater E 66/71; Angehörige einer häuslichen oder ähnlichen, engen Lebensgemeinschaft E 69/321; den durch besondere Rechtsbeziehungen im Prozeß Verpflichteten E 70/82 und 390; den Schiffsoffizier in E 71/176 und die Erbhofbäuerin E 71/193; auch die besonderen Geschäftsbeziehungen können zur Grundlage eines Betrugs durch Verschweigen herangezogen werden E 69/283 und 70/45 ff.[85]. In E 71/187 werden die personalen, die strafrechtliche Haftung sanktionierenden Beziehungen sogar aus unrechtmäßigen, ehebrecherischen Lebensbeziehungen begründet.

Am Anfang der unechten Unterlassungsstraftat hat also die Frage nach der Pflichtenwidrigkeit der Unterlassung zu stehen.

V. Die unechten Unterlassungsdelikte und die Lehre vom Tätertypus.

Das Pflichtwidrigkeitskriterium zur Abgrenzung der strafbaren Unterlassungstat hat zweifellos eine Erweiterung des Kreises der Strafbarkeit im Gefolge. Dies birgt nun die Gefahr einer nicht gewollten Vielstraferei in sich. Es muß daher versucht werden, aus dem weiten Rahmen der pflichtwidrigen Unterlassungen den Kern derjenigen herauszuschälen, bei denen die Gleichstellung mit dem aktiven Täter bzw. Gehilfen vollzogen werden kann. Schaffstein[86] sagt dazu treffend: „Strafwürdig ist nur ein Verhalten, das pflichtwidrig ist; aber durchaus nicht jedes pflichtwidrige Verhalten ist strafwürdig". Schaffstein[87] und der § 13 des Entwurfs von 1936 verlangen deshalb, daß das Minus der Unterlassung gegenüber der Begehung durch aktives Tun, worauf die Tatbestände des besonderen Teils regelmäßig zugeschnitten sind, ausgeglichen werden muß, durch das zur Pflichtwidrigkeit hinzutretende Erfordernis, daß der Unterlassende nach gesundem Volksempfinden wie ein Täter, bzw. Teilnehmer, verantwortlich erscheint. Dieses Minus der Unterlassungsstraftat gegenüber dem aktiven Tun, das vormals durch das Plus des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit ausgeglichen werden sollte, ist auch im Willensstrafrecht anzu-

[85] Vgl. Mezger Grdr. S. 53.
[86] Gegenwartsfragen S. 102.
[87] a.a.O.

nehmen, denn typisch, wenn auch nicht notwendig, entwickelt der Unterlassende eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens als der aktive Täter. Von dieser Erkenntnis ging beispielsweise auch die Preußische Denkschrift 1933 aus[88]. Das Problem der unechten Unterlassungsdelikte wird also ein Problem des Täters, der im Willensstrafrecht die Rolle des Tatbestandes innehaben wird, der bislang im Mittelpunkt aller strafrechtlichen Betrachtungsweise stand. Schaffstein[89] meint dazu, daß im nationalzosialistischen Willensstrafrecht nicht mehr allein oder in erster Linie das objektive Indiz, sondern die subjektive Substanz von Täter und Tat entscheidend sei. Das neue Strafrecht müsse daher, wenn man schon „im verbrecherischen Willen die Wurzel alles Strafens findet" (Freisler) notwendig vom Täter ausgehen.

Dieser Gedanke ist aber nicht etwa ausschließlich eine Errungenschaft unserer heutigen Strafrechtswissenschaft. Schon 1882 legte ihn Franz von Liszt als neuberufener Lehrer des Strafrechts zu Marburg in seiner Antrittsrede folgendermaßen dar: „Die Tat ist des Täters. Aber die herrschende Ansicht bestimmt die Strafe für die von keinem Täter begangene Tat, d. h. ihre Strafen entsprechen dem Verbrechensbegriffe der Abstraktion, welche Gesetzgeber und Wissenschaft aus den konkreten Taten gebildet haben. Sie fragt: Was verdient der Diebstahl? statt zu fragen: Was hat dieser Dieb verdient? Jene Fragestellung ist verkehrt. Nicht der Begriff wird gestraft, sondern der Täter". Diese Sätze v. Liszt's sind in der Dogmatik berühmt geworden unter dem Schlagwort, nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen!

Liszt hat ausgehend von seiner obigen Erkenntnis versucht, in seinem Lehrbuch den Begriff des Täters zu entwickeln. Er sah in diesem einmal den Verursacher eines Verbrechens im reinen, wertfreien Kausalsinne und dann ein Produkt aus natürlichen und sozialen Elementen, aus ursprünglicher Anlage und den Einflüssen der Umwelt. Liszt's Täterbegriff ist ein Produkt seiner naturwissenschaftlich, kausalwissenschaftlichen Geistesepoche. — Der Ausgangspunkt ist der gleiche geblieben, nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen! Aber es gilt den Begriff des Täters zu befreien aus nur naturwissenschaftlichen Erkenntnissen. „Für eine heroische Stellungnahme zum Leben, seinen Aufgaben und Erscheinungen, wie sie dem Nationalsozialismus eigen ist, gibt es eine Frage der Willensfreiheit nicht. Er ruft in jeder Lage des Lebens: Ich soll, ich will, ich kann! Für den Nationalsozialismus ist das die Welt Bewegende der Wille. Zum Guten, wie zum Bösen, zum Rechten, wie zum Unrechten, zum Sozialismus wie zur Anarchie. Ein willenloses Etwas mag ein Hindernis sein, das man, wenn es stört, aus dem Wege räumt. Freund oder Feind kann nur ein Wille sein"[90]! Es kann nun nicht verwundern, daß eine Strafrechtswissenschaft, die einen Wandel grundsätzlichster Art durchzumachen

88 Preußische Denkschrift 1933 S. 132.

89 Gegenwartsfragen S. 111.

90 Freisler in Gürtner, „Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung" S. 13.

hat, nicht sogleich mit fertigen Ergebnissen aufwerten kann, noch dazu auf einem Gebiete, wie der Lehre vom Täter, die überhaupt noch in den Anfängen steckt[91].

Nach Schaffstein erscheint nun bei zahlreichen Delikten der Unterlassende als Täter, von dem nach seiner Gesinnung ebensowohl wie die Nichtabwendung des Erfolgs, auch seine Herbeiführung durch aktives Tun hätte erwartet werden können und bei dem die Unterlassung gewissermaßen nur als ein zufälliges, durch die jeweiligen Umstände bestimmtes Mittel zur Äußerung des verbrecherischen Willens anzusehen ist, welches unter anderen Umständen ebensogut durch ein anderes Mittel hätte ersetzt werden können[92].

Gleiches muß für den Gehilfen gelten, d. h. als Gehilfe durch Unterlassung ist derjenige zu betrachten, der durch seine Unterlassung pflichtwidrig die Herbeiführung eines Erfolges durch einen anderen fördert, und bei dem die Förderung der Haupttat gerade durch die Unterlassung nur als ein zufälliges Mittel erscheint, weil er sie unter anderen Umständen auch durch aktives Tun bewirkt hätte. Mit anderen Worten: Der pflichtwidrig Unterlassende ist gleich dem aktiven Täter bzw. Gehilfen zu bestrafen, wenn er dem Typus Täter des verwirklichten Tatbestandes bzw. dem Typus Gehilfen entspricht.

Ganz in dieser Richtung bewegt sich bereits eine Entscheidung eines höheren deutschen Gerichts, nämlich eine Entscheidung des Landgerichts Weimar, vom 18. Juni 1938, abgedruckt in JW 1938/3031.

Im zu entscheidenden Falle hat der Angeklagte es unterlassen, seine Braut und nachmalige Frau an der Abtreibung ihrer Leibesfrucht zu hindern, und sie dadurch, wie er wußte, in ihrem verbrecherischen Entschlusse gefördert. Die Pflichtwidrigkeit solchen Verhaltens entnahm das erkennende Gericht dem Treueverhältnis, in dem der Angeklagte zu seiner Braut in seiner Eigenschaft als Verlobter, und Erzeuger ihres Kindes stand, sowie aus seiner Eigenschaft als altem Nationalsozialisten, welche ihn die Bedeutung des Sachverhalts und der verheerenden Folgen der Abtreibung für Volk und Staat in ihrer ganzen Tragweite erkennen ließen. Dadurch, daß der Angeklagte seine Braut nicht von ihrem Entschluß abzubringen suchte, sondern sie durch sein Schweigen bestärkte, hat er aufs schwerste gegen eine Pflicht der völkischen Sittenordnung verstoßen und zwar unter solchen Umständen, die ihn nach gesundem Volksempfinden als Teilnehmer erscheinen ließen.

Die Kritik gegen Schaffstein hat vornehmlich an der Unbestimmtheit des Begriffs Tätertypus eingesetzt. Nagler[93] sagt dazu,

---

[91] Mezger, ZStW 57/675 ff. 683; Wolf's („Vom Wesen des Täters") 5 Typen der Täterschaftsmäßigkeit scheinen uns Verbrecher- nicht Tätertypen zu sein.

[92] Gegenwartsfragen S. 111.

[93] GS 111/2 ff. 45.

daß der Tätertypus nach Schaffstein und Dahm[94] weder ein kriminologischer noch ein psychologischer sei, noch auch durch rationale Zweckmäßigkeitserwägungen erfaßt werden könne. Ähnlich auch Drost[95], der von der Lehre vom Tätertypus eine zu weite Ausdehnung des richterlichen Ermessens befürchtet, und Schwinge-Zimmerl[96].

Richtig ist, daß bereits das Wort Tätertypus mehrdeutig ist, denn man kann darunter sowohl einen individuellen als auch einen generellen Tätertypus verstehen. Allerdings wird man zugeben müssen, daß man beim Gebrauch des Wortes Tätertypus mehr noch eine Gruppe generell bestimmter Täter im Auge hat, als die bestimmte Eigenart eines Täters im konkreten Fall. Es ist daher Aufgabe von Wissenschaft und Praxis, über ein bloßes Fallrecht hinaus den generellen Typ des Täters herauszukristallisieren[97]. Richtig ist auch, daß der Schaffstein'sche Tätertypus durch rationale Analyse allein nicht zu erfassen ist. Schaffstein betont dies selbst[98] und vermag auch nur Symptome für die Tätereigenschaft des Unterlassenden zu geben, wie besonders enge Beziehung des Unterlassenden zu dem verletzten Schutzwert, welche gerade ihn in erhöhtem Maße zur Abwendung des Erfolgs verpflichtete, sodann die verbrecherische Gesinnung und damit im Zusammenhange die Motive, welche die Tat auslösten, und endlich die eigene Vorhandlung des Unterlassenden, welche eben nach gesundem Volksempfinden eine erhöhte Pflicht zur Beseitigung der dadurch herdadurch die Strafbarkeit eines Menschen ganz unabhängig von seivorgerufenen Gefahren begründete. Wenn Drost[99] nun meint, daß dadurch die Strafbarkeit eines Menschen ganz unabhängig von seinem objektiven Verhalten nur noch von Gesinnung und Motiven abhängig gemacht und das Strafrecht sich demzufolge in ein Chaos verwandeln würde, so ist dem mit Schaffstein[100] entgegenzuhalten, daß auch im neuen Recht das Wesen des Täters zunächst einmal durch seine Tat bestimmt wird und daß nicht jemand schon und allein deswegen bestraft werden kann, weil er seinem Wesen nach etwa Dieb ist, auch nicht auf dem Umwege über § 2 n. F. StGB. Umgekehrt wird aber auch derjenige, der in seinem Wesen nicht den entsprechenden Tätertypus verkörpert, wegen einer begangenen Tat strafbar bleiben. Insofern wird das kommende deutsche Strafrecht ebenso Tatstrafrecht bleiben, wie das geltende[101]. Es handelt sich also vornehmlich um eine Akzentverlagerung, wie Schaffstein[102] sich ausdrückt. Der Schaffstein'sche Tätertyp kann

94 In Grundfragen „Verbrechen und Tatbestand" S. 92 f.
95 GS 109/44.
96 „Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken" S. 54/81/82.
97 Mezger in ZStW 57/675 ff.
98 Gegenwartsfragen S. 110.
99 GS 109/1ff. 44.
100 Gegenwartsfragen S. 103.
101 Mezger ZStW 57/675 ff. 679.
102 Grundfragen S. 123 f.

auch nicht ein allgemeiner, abstrakter sein, einen solchen gibt es überhaupt nicht, sondern, er ist der ganz konkrete Typ des Mörders, Diebes, Brandstifters. . .[103]. Klee[104] wendet nun ein, daß durchaus nicht jeder gesetzliche Tatbestand einem bestimmten Tätertypus entspricht, daß vielmehr die meisten Delikte, soweit sie ihren Ursprung nicht in der Verletzung eines ganz bestimmten Pflichtenverhältnisses, wie z. B. die Amtsdelikte haben, von sehr verschiedenen Arten von Tätern begangen werden können, und daß diese Tätereigenschaften eben gerade durch den Tätertypus zusammengehalten werden. Mezger[105] entgegnet dem zu Recht, daß jeder gesetzliche Tatbestand mit seinen paar spärlichen sog. Tatbestandsmerkmalen nichts anderes als den Versuch bedeutet, bestimmte, lebendige Gruppen von Tätertypen abzugrenzen, die in den Rahmen der Strafbarkeit fallen. Dies ist also nicht nur dort der Fall, wo der Tätertypus durch besondere personale Stellung in der Gemeinschaft ausdrücklich zur Voraussetzung der Gesetzesanwendung gemacht wird, bei den sog. Sonderdelikten. Der Gedanke, daß der Tatbestand bestimmte Täter beschreiben will, kommt deutlich zum Ausdruck bei vielen Straftatbeständen, die etwa ein „absichtliches", „böswilliges", „rohes" Handeln usw. verlangen.

Die Frage nach der Gleichstellung des Unterlassenden mit dem aktiven Täter mündet also in den Besonderen Teil, soweit sie die Täterschaft durch Unterlassung betrifft, sie ist eine Frage nach dem Typ des Täters, den das in concreto verwirklichte Delikt des Besonderen Teils voraussetzt.

Anders ist das hinsichtlich des Gehilfen. Er ist ein eigener Typ, der Typ dessen, der fördern, unterstützen und erleichtern will. Sein Wesen wird auch im kommenden Strafrecht durch den Allgemeinen Teil mitbestimmt. Der Besondere Teil gewinnt für ihn zwar auch Bedeutung, aber nur mittelbar. In der Person des Gehilfen müssen daher bei der Unterlassung, nicht wie beim Täter durch Unterlassung, die im konkreten Falle die Gleichstellung rechtfertigenden Merkmale des Tätertypus gegeben sein, sondern er muß in seiner Person dem Typ des Fördernden entsprechen. Dafür gerät der Gehilfe in ein Akzessorietätsverhältnis zur Haupttat, kraft dessen er aus dem vom Täter verwirklichten Tatbestande des Besonderen Teils bestraft werden kann.

VI. Die unechten Unterlassungsdelikte und der § 2 n. F. StGB.

U. E. hat aber die Abgrenzung der strafbaren, unechten Unlassungstat bereits eine positiv rechtliche Regelung durch den § 2 n. F. StGB erfahren, die dem Schaffstein'schen Vorschlag durchaus parallel läuft. Sowohl im Hinblick auf die Pflicht- als auch auf die Haftungsbegründung[106] kommt es darauf an, ob nach gesun-

[103] Gegenwartsfragen S. 110.
[104] D. Str. R. 1936 S. 1 ff.
[105] Mezger ZStW 57/680.
[106] Mezger Ltf. S. 44 und ZStW 57/684.

dem Volksempfinden eine wertende Gleichstellung mit dem aktiv handelnden Täter bzw. Teilnehmer gerechtfertigt erscheint, wenn ein Strafgesetz, oder der Grundgedanke eines solchen auf die Unterlassungstat zutrifft. Das Unterlassungsproblem ist auch nach dieser Meinung ein Täterproblem und zwar insoweit, als sich die Pflicht zur Erfolgsabwendung aus der konkreten personalen Stellung des Unterlassenden ergibt[107]. Man hat dagegen eingewendet, daß der § 2 n. F. StGB gemäß seiner Formulierung „. . . Grundgedanke eines Strafgesetzes . . ." nicht auf den Allgemeinen Teil Anwendung finden könne. „Strafgesetz" in § 2 n. F. StGB könne sinngemäß nur die Tatbestände des Besonderen Teils umfassen[108]. Diese Formulierung des § 2 n. F. StGB kann aber bei richtiger Würdigung nur den Sinn haben, daß das Erfordernis, daß der Grundgedanke eines Strafgesetzes auf die unechte Unterlassungstat zutreffen muß, bedeutet, daß eine Gleichstellung mit dem aktiv Handelnden vollzogen werden kann. Mezger[109] führt dazu noch aus: „Es ist dies genau dasselbe, was § 13 Entw. 1936 mit den Worten zum Ausdruck bringen will: der Unterlassende steht dem Handelnden gleich, wenn er nach gesundem Volksempfinden als Täter oder Teilnehmer verantwortlich ist. Denn dies kann er nur dort sein, wo das Unterlassen dem Grundgedanken desjenigen Gesetzes entspricht, das diese Täterschaft oder Teilnahme maßgebend regelt"[110].

VII. Muß die durch Unterlassung gewährte Beihilfe für den Erfolg kausal geworden sein?

1. Die Frage nach der Kausalität der Unterlassung überhaupt.

Wir wollen zuerst untersuchen, ob und inwiefern eine Unterlassung überhaupt für einen strafrechtlichen Erfolg kausal werden kann. Es ist dies eine alte Streitfrage, die Liszt-Schmidt[111] eine der unfruchtbarsten, Sauer[112] eine der wichtigsten nannte, die die strafrechtliche Wissenschaft je diskutiert hat. Die älteren Theorien über die Kausalität der Unterlassung scheiterten zumeist an der mechanisch-naturalistischen Denkweise, daß aus der Unterlassung, aus dem nichts, nichts werden könne. Es erübrigt sich hier eine Kritik der Theorien, des Andershandelns (Luden, Redslob) des vorangegangenen Tuns (Krug, Glaser, Merkel) der Interferenztheorien (Landsberg, von Buri, Binding, Hälschner) als Kausalnachweis für die Unterlassung zu bringen. denn diese Theorien haben längst

---

107 Mezger Grdr. S. 51 ff.

108 Zimmerl in Gegenwartsfragen, „Zur Auslegung des § 2" S. 173.

109 Mezger ZStW 57/681 und Grdr. S. 54/55.

110 Auch Schinnerer ZStW 55/768 ff. 779 bejaht die Möglichkeit der Anwendung des § 2 n. F. auf den A. T.

111 Lb. S. 171.

112 „Grundlagen des Strafrechts" S. 264.

ihre Widerlegung gefunden[113]. Kraus[114] leugnete sogar der Unterlassung die Ursachenqualität überhaupt ab. Andere wiederum[115] legten der Unterlassung nur eine Quasi-Kausalität bei.

Ausgangspunkt für unsere Betrachtung über die Kausalität ist die Bedingungstheorie. Es ergibt sich sofort die selbstverständlich anmutende Einschränkung, daß für eine strafrechtliche Wertung nur solche Unterlassungen in Frage kommen können, bei denen der Unterlassende den Erfolg hätte abwenden können und zwar ohne erhebliche eigene Gefahr. Der gefesselte und geknebelte Wächter in einem Warenhaus begeht keine Unterlassung im Rechtssinne, wenn er einen Diebstahl nicht verhindert. Auch nicht der Nichtschwimmer, der einen Ertrinkenden infolge seines physischen Unvermögens nicht rettet.

Von Liszt-Schmidt[116] definieren die in Tun und Unterlassung zerfallende Handlung als willkürliches Verhalten. Von Hippel[117] und Traeger[118] sehen die Kausalität der Unterlassung in der Nichtvornahme einer möglichen Handlung, die der Unterlassende hätte vornehmen sollen. Dies sei auch der sprachliche Sinn der Unterlassung. Dieser Auffassung muß nun vorgeworfen werden, daß sie die Frage nach der Kausalität der Unterlassung mit Rechtswidrigkeitsfragen unzulässigerweise verquickt. Die Frage nach der Kausalität ist eine Frage des So-Seins, nicht eine des Soll-Seins. Auch Frank[119] scheint von obigem Fehler nicht ganz frei zu sein, wenn er hinsichtlich der Unterlassung alles für kausal hält, bei dessen möglich gedachtem Anderssein der Erfolg nicht eingetreten wäre. Der entscheidende Fehler all dieser Lehren liegt darin, daß sie die Kausalität der Unterlassung von innen her zu begreifen suchen, während diese nur von außen her wertend erfaßt werden kann[120]. Tut man letzteres, so wird zum Angelpunkt der Unterlassungstat die „erwartete Handlung". Die Unterlassung ist dann kausal, wenn durch die „erwartete Handlung" der vom Recht mißbilligte Erfolg hätte verhindert werden können[121]. Diese Auffassung bringt zum Ausdruck, daß nicht das Nichtstun, oder das Irgend-Etwas-Tun oder das Unterlassen irgendwelcher Taten, sondern nur die Nichtvornahme eines ganz bestimmten Tuns, eben der erwarteten Handlung strafrechtlich relevant ist[122]. Ihr ist auch

113 Vgl. statt aller v. Liszt-Schmidt Lb. S. 171.
114 ZStW 23/763 ff. 790.
115 Vgl. statt aller Traeger, „Das Problem der unechten Unterlassungsdelikte in Straf- und Zivilrecht" S. 60 ff.
116 Lb. S. 154.
117 Lb. S. 101.
118 „Unterlassungsdelikte" S. 8.
119 § 1, IV.
120 Vgl. Knollmann Strafr. Abh. 91/1908.
121 Mezger Lb. S. 136.
122 Zustimmend im wesentlichen Drost GS 109/1 ff., der allerdings statt „erwarteter Handlung" „bestimmtes Tun" sagt, wohl um dem Vorwurf zu entgehen, daß er Kausalitäts- und Rechtswidrigkeitsfragen miteinander vermenge.

der Vorwurf zu machen, daß sie Rechtswidrigkeitsfragen in die Kausalität einführt, wenn man klar zwischen „erwarteter" und „gebotener Handlung" scheidet. Theoretisch ist das durchaus möglich, wenn sie praktisch auch meist zusammenfallen. Auf dem gleichen Standpunkt wie Mezger stehen auch Klee[123] und Maurach[124]. Wie Mezger, aber etwas unklar formuliert, entscheidet auch das Reichsgericht. Vgl. E 63/392 ff. 393. . Dort wird ausgeführt: „Ursachenzusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem rechtsverletzenden Erfolg liegt vor, wenn die Unterlassung nicht hinweggedacht — oder schärfer: wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne daß damit der eingetretene Erfolg entfiele". Besser, weil deutlicher, scheint es uns, anstatt von der „unterlassenen Handlung", von der „erwarteten Handlung" zu sprechen.

2. Anwendung auf die Beihilfe durch Unterlassung.

Wir haben bereits festgestellt, daß vom Standpunkte eines folgerichtigen Erfolgsstrafrechts aus, entgegen der überwiegenden Reichsgerichtspraxis, auch der Beihilfe Ursachenqualität zukommen muß, weil nicht einzusehen ist, wieso eine Förderung des täterischen Verhaltens den schließlichen Erfolg wenigstens in seiner ganz konkreten Gestalt nicht mitbedinge.

Hippel[125] führt aus, daß das Reichsgericht bei der durch Unterlassung begangenen Beihilfe auf dem richtigen Standpunkte stehe, daß nur eine den Erfolg mitverursachende Unterlassung als Beihilfe bestraft werden könne. Dies komme in E 11/ 153 ff. zum Ausdruck, wo es heißt, „. . .daß lediglich passives Verhalten straflos sei, weil es nicht Mittel und Mitursache einer fremden Tat sein kann, worin das Wesen der Beihilfe liegt". Eine nicht kausale Hilfeleistung in Form einer Unterlassung müßte also folgerichtig als versuchte Beihilfe durch Unterlassung straflos bleiben[126]. Mit Recht hat daher vor allem Perten[127] darauf hingewiesen, daß die Strafbarkeit der Beihilfe, auch der durch Unterlassung, von ihrer Kausalität für den Erfolg abhängig ist. Daß dies im kommenden deutschen Strafrecht hinsichtlich der Beihilfe durch aktive Tätigkeit anders sein wird, haben wir bereits gesehen. (Siehe oben S. 20, 21). Wenn A ohne Wissen des Diebes B Wache steht, während B einen Diebstahl bei C ausführt, so wird A in Zukunft, auch wenn sein Wachestehen auf die Ausführung der Tat des B überhaupt keinen Einfluß hatte, für diese also nicht kausal wurde, als Gehilfe be-

---

123 Deutsches Strafrecht 1936/1 ff. 8.

124 Deutsches Strafrecht 1936/113 ff. 113.

125 Deutsches Strafrecht II S. 467.

126 In E 58/113 ff. 114 erklärt das Reichsgericht, daß ein Versuch der Beihilfe zwar denkbar, aber im geltenden Rechte nicht strafbar sei. Unvereinbar mit dieser Ansicht des Reichsgerichts ist allerdings die Entscheidung in Rechtspr. Bd. 9/149, die eine bloß bezweckte Hilfeleistung als vollendete Beihilfe genügen läßt.

127 Strafr. Abh. 198/182 ff.

straft werden müssen. Dieses Ergebnis entspricht zweifellos auch materieller Gerechtigkeit. Anders aber ist die Sachlage bei der durch eine Unterlassung gewährten Beihilfe. Erkennt man die Beihilfe durch Unterlassung als eine besondere Form der unechten Unterlassungsdelikte an, so müssen für sie dieselben Grundsätze gelten, wie für die unechten Unterlassungsdelikte selbst, d. h. vor allem, daß die durch Unterlassung gewährte Beihilfe für den Erfolg der Haupttat kausal werden muß. Sie muß es aber einzig und allein aus dem Grunde, weil andernfalls keine Unterlassung im Rechtssinne vorliegt und zwar auch vom Standpunkte des kommenden deutschen Strafrechts. Nehmen wir an, daß im vorher gegebenen Beispiel der wachestehende A der Diener des C ist, so wird die Nichthinderung des Diebstahls durch den A pflichtwidrig. Das Dienstverhältnis ist ein gemeinschaftsbildendes Lebensverhältnis, das die Beteiligten verpflichtet, nach Möglichkeit Schaden vom anderen Teil abzuwehren. Die Nichthinderung wird aber auch kausal für den Diebstahl, weil die vom Diener im konkreten Falle „erwartete Handlung" (z. B. Lärmschlagen, Festnahme des Diebes usw.) die Verbrechensverwirklichung verhindert hätte, oder besser hätte verhindern bzw. erschweren können. Dann hat der A aber auch Beihilfe zum Diebstahl geleistet, weil seine Unterlassung die Ausführung desselben tatsächlich gefördert hat, denn ohne die Unterlassung wäre dieser wenigstens nicht so, wie er erfolgte, zumindest nicht ganz ungestört verwirklicht worden.

Die Beihilfe durch Unterlassung kann vom Gehilfen auch nicht wie die Beihilfe durch aktives Tun dadurch geleistet werden, daß er günstigere Umstände zur Verbrechensverwirklichung schafft, die dann aber im konkreten Falle nichts zu dieser beigetragen haben, nicht kausal geworden sind. Wir haben als Angelpunkt der unechten Unterlassungsstraftat die „erwartete Handlung" erkannt. Ist diese aber, die Möglichkeit ihrer Vornahme vorausgesetzt, pflichtwidrig nicht erfolgt, so hat ihre Nichtvornahme die Haupttat irgendwie beeinflußt. Anders aber, als durch Nichtvornahme der „erwarteten Handlung" kann der Gehilfe durch eine pflichtwidrige Unterlassung nicht günstigere Umstände zur Ausführung der Haupttat schaffen. Die Beihilfe durch Unterlassung ist somit notwendig erfolgskausal. Das kann auch im kommenden Strafrecht nicht anders sein, denn auch dieses kann seine Strafdrohungen nur gegen menschliche Willensbetätigungen richten, die auf irgendeine Weise in die Welt der äußeren Erscheinungen getreten sind. Bei der Unterlassung, bei der alles sozusagen mit umgekehrtem Vorzeichen zu betrachten ist, geschieht und kann diese Willensrealisierung nur durch ein bestimmtes Nichtstun, durch die Nichtvornahme eben der „erwarteten Handlung" geschehen. Dem steht nun nicht gegenüber, daß das kommende Strafrecht in den Mittelpunkt nicht mehr, wie das bisherige, den Erfolg als Rechtsgutsverletzung stellt; freilich richtet sich in Zukunft die Strafdrohung in erster Linie gegen den verbrecherischen Willen des Täters. Aber auch das kommende Strafrecht wird Tatbestandsstrafrecht bleiben und kann somit der

Prüfung der Kausalität menschlicher Willensbetätigungen zur Verwirklichung eines solchen Tatbestandes nicht entbehren. Es ist Mezger[128] voll und ganz beizupflichten, wenn er sagt: „Der objektiv verwirklichte Tatbestand ist nicht mehr der unverrückbare Ausgangspunkt aller strafrechtlichen Feststellungen. Es hat sich alles ins Subjektive verschoben. Aber das feste Rückgrat auch des Willensstrafrechts bildet das Verwirklichenwollen eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes".

De lege lata finden wir somit die Richtigkeit der h. L. bestätigt, die in der Beihilfe durch Unterlassung eine besondere Form der unechten Unterlassungsdelikte sieht. Auch das Reichsgericht hat dem Rechnung getragen. So erblickt es z. B. darin, daß die Angeklagte es unterlassen hat, ein Hindernis für die Tat (Meineidsleistung) zu schaffen, wozu sie rechtlich verpflichtet war, eine Beihilfe durch Unterlassung zum Meineid[129]. Mit unserer Auffassung steht auch nicht E 71/176 ff. im Widerspruch. Dort wird nämlich ausgeführt, daß bei der Beihilfe durch Unterlassung ebenso wie bei der durch tätiges Handeln gewährten Beihilfe es nicht erforderlich sei, daß durch das pflichtmäßige Einschreiten die Tat unter allen Umständen verhindert werden kann; daß es vielmehr genügt, daß der Gehilfe in der Lage ist, ihre Vollendung durch seine Tätigkeit zu erschweren. Hält man sich nämlich vor Augen, daß es nicht auf einen Erfolg schlechthin, sondern auf den Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt ankommt, so ist der Nachweis erbracht, daß der Schiffsoffizier im fraglichen Falle durch sein pflichtwidriges Unterlassen, besser durch die Nichtvornahme der im konkreten Falle pflichtgemäßen Handlung für den Erfolg, so wie er eben eintrat, kausal geworden ist. Zumindest hätte ein pflichtbewußtes Verhalten die Vornahme des Tabakschmuggels seitens der Mannschaft erschweren können, wenn auch nur durch Erregung seelischer Hemmungen. Des Schiffsoffiziers pflichtwidrige Unterlassung ist damit Mitursache des Erfolgs auch im Sinne der c. s. q. n.-Formel geworden, wenn man, was nochmal betont werden mag, vom Erfolg in der ganz konkreten Gestalt des Einzelfalles ausgeht.

---

128 D.J.Z. 1934 S. 96 ff., 100; „Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht".

129 Urteil des 1. Strafsenats vom 30. November 1937 abgedr. in JW 1938/577.

E. Die Beihilfe durch Unterlassen Nichtqualifizierter beim Sonderdelikt.

I. Möglichkeit der Beihilfe durch aktives Tun Nichtqualifizierter zum Sonderdelikt.

Hinsichtlich der unechten oder uneigentlichen Sonderverbrechen, trifft, wie schon früher erwähnt wurde, der § 50 StGB eine Sonderregelung. Hinsichtlich der eigentlichen oder echten Sonderstraftaten dagegen enthält das geltende Strafgesetzbuch keine positive Regelung. Schon an früherer Stelle haben wir erkannt, daß beim eigentlichen Sonderverbrechen der Extraneus weder unmittelbarer noch mitetlbarer Täter sein kann. Diese Taten sind also tätergebunden. Das bedeutet nun aber nicht, daß der Extrane nicht etwa Gehilfe bei den eigentlichen Sonderdelikten sein kann. Andernfalls würden beim Mangel einer positiven Bestimmung jede Mitwirkung eines Nichtqualifizierten am Sonderdelikt straffrei bleiben, was zweifellos nicht der Wille des Gesetzgebers ist. Der erkennbare Wille des Gesetzgebers geht nämlich bei den Sonderdelikten überhaupt nur dahin, daß den Nichtqualifizierten nur nicht die Täterstrafe treffen kann. Es kann daher jener Auffassung nicht beigepflichtet werden, die vom § 50 StGB aus auf die Straflosigkeit der Beihilfe Nichtqualifizierter zum eigentlichen Sonderdelikt schließt. Sie argumentiert, daß, wenn der nichtqualifizierte Gehilfe von der Täterstrafe ausgenommen sein soll, dies auch für die Gehilfenstrafe zutreffe. Dafür spreche folgende Überlegung: Der extrane Teilnehmer werde nach h. L. im Rahmen der §§ 48, 49 StGB aus dem Grundtatbestand, also aus dem eigentlichen Sonderdelikt bestraft. Bei den uneigentlichen Sonderdelikten dagegen privilegiere der § 50 StGB. Eine Amtspflichtverletzung ist bei letzterem darnach für den extranen Teilnehmer bedeutungslos. Daraus folge, daß die Bestrafung des extranen Teilnehmers bei den eigentlichen Sonderverbrechen, bei denen die qualifizierenden Eigenschaften oder Verhältnisse erst die Strafbarkeit begründen, überhaupt entfallen müsse.

Nach unserer Auffassung ist der richtige Kern dieser Meinung, daß im geltenden Rechte mangels positiver Vorschriften sich aus den erwähnten Umständen Unstimmigkeiten im Strafmaß ergeben, indem der nichtqualifizierte Gehilfe beim eigentlichen Sonderverbrechen, dem er doch viel ferner steht als dem uneigentlichen, unter schwerere Strafdrohung fällt, als bei diesem. Mit der h. L. ist also die Möglichkeit einer strafbaren Beihilfe Nichtqualifizierter zum

eigentlichen Sonderdelikt zu bejahen[130]. Gerade auf diesem Gebiet kommt die unselbständige Natur der Beihilfe voll zur Geltung, indem die die Strafbarkeit begründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, wenn sie beim Täter vorhanden sind, stets auch dem Gehilfen zuzurechnen sind[131]. Ein Nichtbeamter kann also Gehilfe bei einer Falschbeurkundung nach § 348 Abs. 1, einem echten oder eigentlichen Beamtendelikt sein. Zu beachten ist, daß der teilnehmende Nichtqualifizierte immer nach Beihilfegrundsätzen zu bestrafen ist[132], auch wenn er nach der äußeren Form seiner Willensbetätigung als mittelbarer Täter oder Anstifter anzusehen wäre, denn von der vollen Täterstrafe soll er ja ausgenommen sein. Der extrane Teilnehmer ist also beim eigentlichen Sonderdelikt stets im Rahmen des § 49 StGB aus dem im Einzelfall verwirklichten Sonderdeliktstatbestand zur Verantwortung zu ziehen.

Anders ist es, wenn z. B. ein Nichtbeamter einem Beamten zu einer Körperverletzung Beihilfe leistet, welcher dieser in Ausübung seines Amtes begeht (§ 340, Abs. 1 StGB). Der nichtqualifizierte Gehilfe ist hier gemäß § 50 StGB nach den §§ 223, 49 StGB zu bestrafen.

Ein geschlossenes Gebiet solcher Sonderdelikte bildet nun das Militärstrafrecht. Auch hier ist mit der h. L.[133] die Möglichkeit einer strafbaren Beihilfe von Zivilpersonen zur Verwirklichung eines Militärdelikts zu bejahen. Der Zivilist wird aber ebenfalls stets nach Beihilfegrundsätzen bestraft. Auch kann § 50 StGB nicht Anwendung finden, weil es sich bei den Militärdelikten nicht um solche Delikte handelt, bei denen die persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern[134].

Frank[135] und M. E. Mayer[136] bestreiten die Möglichkeit der Bestrafung des am Militärdelikt teilnehmenden Zivilisten unter Hin-

130 So u. a. Nagler, „Die Teilnahme am Sonderverbrechen", S. 83 ff.; Frank Vorb. IV, 1 zu § 47; Olshausen 10 vor § 47 und Mezger Grdr. S. 120; anderer Meinung Kohler in G. A. 55/10.

131 Vgl. von Liszt-Schmidt S. 347 f., Reichsgericht in E 28/100 ff. (speziell für die Anstiftung), ferner E 25/234 ff., 38/417 ff., 50/135 ff. und vor allem Birkmeyer „Teilnahme am Verbrechen" S. 144 ff., 262 ff.

132 Mezger Lb. S. 451 Grdr. S. 121. Die h. L. dagegen bejaht die Möglichkeit der Bestrafung des Extraneus aus § 48 StGB, also mit der vollen Täterstrafe. Vgl. etwa Nagler a.a.O., Allfeld S. 209, Olshausen a.a.O. und Frank a.a.O.

133 Vgl. Allfeld Lb. S. 231, v. Liszt Lb. S. 236, Nagler, „Die Teilnahme am Sonderverbrechen" S. 117, Schönfeld, „Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und Militärdelikten in strafrechtlicher und prozessualer Beziehung" S. 56 ff. und jetzt auch Mezger Grdr. S. 121, ferner das Reichsgericht in E 25/234 ff., 38/417 ff.
A. M. Sonanini, „Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen" und Fr. Koppmann, „Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilisten an rein militärischen Delikten", M. E. Mayer Lb. S. 413 und Frank Vorbe. IV, 1 zum 3. Abschn.

134 Vgl. Hecker in G. A. 30/101 ff.

135 Vorb. IV, 1 vor § 47.

136 Lb. S. 413.

weis auf die §§ 112, 141, 143 StGB, die aus den wichtigsten Fällen von Teilnahme an echten Militärdelikten selbständige Vergehen machen. M. E. Mayer[137] sieht darin, daß es keine Bestimmung gibt, die die Umwandlung militärischer Strafen in gemeine vorsieht, einen Fall unzulässiger Gesetzgebung, wenn der teilnehmende Zivilist bestraft werde. Dies verstoße gegen den Satz nulla poena sine lege.

Diese Beweisführungen können u. E. nicht für durchschlagend gehalten werden. Einmal erledigt sich der letztere Einwand seit Bestehen des § 2 n. F. StGB von selbst. Dann ist aber auch der § 2 MStGB anzuführen, der ausdrücklich bestimmt, daß diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung finden. Es würde auch jedem praktischen Bedürfnisse widersprechen, wenn Zivilisten sich nur in den zum delictum sui generis erhobenen Fällen als Teilnehmer strafbar machen könnten[138]. Vielmehr sind in diesen Tatbeständen des StGB nur besonders wichtige Fälle herausgehoben. Das StGB selbst enthält auch keinen beschränkenden Zusatz[139]. Man kann einen solchen auch nicht, wie Sonanini[140] und Fr. Koppmann[141] aus § 6 MStGB folgern, weil diese Bestimmung nur die Täterschaft, nicht aber die Teilnahme regelt. Auch der Einwand des verschiedenen Strafartensystems von StGB und MStGB und der Unmöglichkeit, die militärische Arreststrafe bei Zivilisten zu vollstrecken, ist nicht stichhaltig. Richtig ist, daß der Arrest nicht bei Zivilisten vollstreckt und auch nicht der Gefängnisstrafe oder der Festungshaft gleichgesetzt werden kann. Er ist eine wesentlich mildere Sonderstrafform des Militärstrafrechts. Aber die Motive zum § 1 des Entwurfs des MStGB gehen davon aus, daß der Arrest der Haftstrafe gleichzustellen ist. In § 52 MStGB wird ferner der Arrest analog der Haft behandelt, wenn dort die Berechnung der Verjährungsfrist derjenigen bei der Haft gleichgestellt wird[142].

Eine wichtige Gruppe von eigentlichen Sonderstraftaten sind diejenigen, bei denen die Täterschaft die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Beruf, wie z. B. in § 300 StGB, voraussetzt. Eine wichtige Gruppe bilden hier die Unternehmerdelikte, d. h. solche, die nur von den Unternehmern eines Gewerbebetriebs begangen werden können und in Nebenstrafgesetzen, wie der Gew.O. und dem Wechselstempelgesetz auftreten[143].

Was ist es nun, das auch die Bestrafung des nichtqualifizierten Gehilfen beim eigentlichen Sonderverbrechen rechtfertigt? Der Schluß der h. L. aus der Akzessorietät der Beihilfe auf die Straf-

---

137 a.a.O.

138 Vgl. Hecker, „Deutsches Militärstrafrecht" Lb. S. 88 und E 27/159 ff.

139 Olshausen 10 vor § 47.

140 S. 30 f.

141 S. 42 f.

142 Vgl. E 15/396 ff.

143 Vgl. Frank IV zum 3. Abschn. und ZStW 37/28 ff.

barkeit des extranen Gehilfen allein erscheint uns nicht zwingend genug. Die Gründe hierfür scheinen uns tiefer zu liegen und die Beantwortung dieser Frage führt u. E. an eines der umstrittensten Probleme unserer Strafrechtswissenschaft, nämlich das, ob die Strafe eine Reaktion auf eine Rechtsguts- oder eine Pflichtenverletzung ist.

Schaffstein[144] sagt, daß charakteristisch bei den Amts- und insbesondere bei den Militärdelikten sei, daß der Gedanke der Rechtsgutsverletzung[145] hier auch schon im alten Recht hinter den der Pflichtverletzung trete. Der Gedanke der Gemeinschaft und des daraus entspringenden Pflichtenverhältnisses habe sich gerade bei der Wehrgemeinschaft als der zweifellos stärksten und dichtesten Gemeinschaft schon früher Bahn gebrochen.

Das ist zweifellos richtig, soweit intrane Rechtsbrecher in Frage kommen. Gerade sie stehen im besonderen Pflichtenverhältnis und werden für den Fall der Verletzung desselben mit schwereren Strafen bedroht. Daß aber der Extrane, sowohl beim echten, wie beim unechten Sonderdelikt, ebenfalls bestraft wird, zeigt, daß auch auf diesem Gebiet des Gedankens der Rechtsgutsverletzung nicht zu entbehren ist, denn der Extraneus steht nicht im besonderen Pflichtenverhältnis und kann dieses somit auch nicht verletzen. Wenn er doch bestraft wird, so unter dem Gesichtspunkte der Rechtsgutsverletzung[146]. Schwinge[147] behauptet sogar, daß man wohl nirgends so häufig auf die Frage nach dem geschützten Rechtsgut stößt, wie etwa in den Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Durch Voranstellung des Zwecks des Militärstrafrechts als geschütztem Rechtsgut, habe das Reichsmilitärgericht seinen Entscheidungen ein hohes Maß anschaulicher Lebensnähe gegeben, und zugleich in ihnen dem besonderen Pflichtgehalt des militärischen Lebens in eindringlicher Form zum Ausdruck gebracht.

Nach unserer Auffassung schließen diese beiden Standpunkte einander nicht aus, wenn wir auch der Meinung sind, daß im völkischen Gemeinschaftsrecht der Gedanke der Pflichtverletzung der primäre ist. Der Akzent im Strafrecht hat sich in das subjektive Gebiet verlagert, der einzelne Volksgenosse ist im weitaus stärkeren Maße in Gemeinschafts- und damit Pflichtenkreise eingegliedert, als das früher der Fall war. Die Rechtsordnung ahndet in erster Linie die Verletzung einer solchen Pflicht, aber sie hat darüber hinaus auch die Aufgabe, die Rechtsgüter der Gemeinschaft zu schützen und muß deshalb auch reagieren, wenn nur diese und nicht darüber hinaus auch ein besonderes Pflichtenverhältnis verletzt worden sind.

---

144 Grundfragen S. 129 ff.

145 Dahm in Grundfragen, „Verbrechen und Tatbestand" S. 48 bezeichnet diesen sogar als überholt.

146 Diese wiederum ist zu beziehen auf den Zweck des MStGB, Sicherung der Schlagkraft der Truppe durch Festigung der militärischen Disziplin.

147 Militärstrafgesetzbuch Bd. 1, S. 2 f.

II. Möglichkeit der Beihilfe durch Unterlassen Nichtqualifizierter insbesondere und ihre rechtliche Konstruktion.

Was nun für die Beihilfe im allgemeinen gilt, muß auch wieder für das spezielle Gebiet der Beihilfe durch Unterlassen bei den Sonderdelikten Geltung haben, sofern ihre besonderen Voraussetzungen gegeben sind. Insbesondere muß also den die Beihilfe leistenden Nichtqualifizierten eine Pflicht zur Abwehr des Erfolgs, der vom qualifizierten Haupttäter herbeigeführt wird, treffen und die Gleichstellung mit dem Gehilfen durch aktive Tätigkeit gerechtfertigt erscheinen.

1. Bei den eigentlichen Sonderdelikten.

Ein Beispiel wäre etwa: A, der Staatsanwalt ist, unterhält mit der Ehefrau C des B ehebrecherische Beziehungen. Um B unschädlich zu machen, beschließt A in seiner Amtseigenschaft die Eröffnung einer unberechtigten Untersuchung gegen B. Die C weiß von diesem Vorhaben, unterläßt es aber, den A in der Ausführung desselben zu hindern, wodurch A in seinem verbrecherischen Entschlusse gefördert wird. A macht sich durch sein Verhalten eines Verbrechens nach § 344 StGB schuldig. Die C ist kraft des Ehe- und des daraus entspringenden Gemeinschaftsverhältnisses, ferner aber auch auf Grund ihres vorausgegangenen Verhaltens (ehebrecherische Beziehungen) nach gesundem Volksempfinden verpflichtet, den A in der Durchführung seines verbrecherischen Entschlusses zu hindern. Ihre Unterlassung ist also pflichtwidrig und die Umstände lassen sie als Gehilfin des Staatsanwalts erscheinen. Sie ist aus den § 344, 49 StGB zu bestrafen, weil § 344 StGB ein echtes Sonder- hier gleich echtes Beamtendelikt — ist und der Teilnehmer infolge des bei diesen Delikten streng durchgeführten Grundsatzes der Akzessorietät unter diese schwereren Strafbestimmungen fällt.

Nach unserer Auffassung ist auch die Teilnahme eines Zivilisten am Militärdelikt ein Fall der Teilnahme eines Nichtqualifizierten am eigentlichen Sonderdelikt. Die Teilnahme in der Form der Beihilfe kann auch hier durch eine Unterlassung geleistet werden. Als Beispiel mag folgendes dienen: Der Zivilist A hat den Heeresangehörigen B zu einer Urlaubsfahrt nach einem von der Garnison weit abgelegenen Orte X eingeladen. A hat dem B zuvor versprochen, ihn in seinem Auto rechtzeitig, also vor Ablauf des Urlaubs in die Kaserne zurückzubringen, weil am Urlaubsorte an-

---

[147a] Eigentliche oder tätergebundene Sonderstraftaten sind solche, die von nichtqualifizierten Personen, d. h. Personen, die die tatbestandliche Eigenschaft nicht besitzen, auch in mittelbarer Täterschaft oder Mittäterschaft nicht begangen werden können. Ihr Gegensatz sind die uneigentlichen oder erfolgsgebundenen Sonderstraftaten, die auch von nichtqualifizierten Personen in mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft begangen werden können. Vgl. dazu Mezger Grdr. S. 120 ff.

dere Verkehrsverbindungen fehlen. B faßt nun, da es ihm in der Freiheit besser gefällt als im Kasernenhof den Entschluß, nicht mehr an seinen Standort zurückzukehren. Es gibt dies dem A auch zu verstehen. Dieser schweigt und bleibt mit B, den das Schweigen seines Gefährten nur in seinem vorgefaßten Entschlusse bestärkt, noch länger als sieben Tage nach Ablauf des Urlaubs in X. B verstößt durch sein Verhalten, durch sein eigenmächtiges Fernbleiben, gegen § 64 MStGB. A hat ihm, sofern sein Vorsatz auf die Herbeiführung obigen Erfolgs gerichtet war, dazu Beihilfe geleistet und zwar durch eine Unterlassung, denn er war auf Grund seines Versprechens und vorausgegangenen Tuns verpflichtet, den B wieder rechtzeitig in die Kaserne zurückzubringen. Er ist als Extraner aus §§ 64 MStGB, 49 StGB zu bestrafen.

Zu beachten ist bei den eigentlichen Sonderdelikten ferner noch der im § 357 Abs. 1 StGB. geregelte Fall der Beihilfe durch Unterlassung, der wissentlichen Duldung strafbarer Handlungen Untergebener durch den Amtsvorgesetzten.

2. Bei den uneigentlichen Sonderdelikten.

Anders ist es, wenn z. B. der Vater eines minderjährigen Postbeamten es schuldhaft unterläßt, diesen von Unterschlagungen im Amte (§ 350 StGB) abzuhalten und sein Sohn durch das väterliche Schweigen im verbrecherischen Willen bestärkt wird. Des Vaters Verhalten ist pflichtwidrig, das ergibt sich aus dem Erziehungsverhältnis zu dem unmündigen Sohn, kraft dessen er verpflichtet ist, nach Möglichkeit Handlungen seines Abkömmlings zu verhindern, auf Grund deren dieser mit der staatlichen Rechtspflege in Konflikt kommen kann. Das Beispiel zeigt, daß jemand nicht nur deswegen zur Erfolgsverhinderung verpflichtet sein kann, weil er zu dem vom Taterfolg betroffenen Schutzwertträger in konkreten Lebensbeziehungen steht, sondern auch deshalb, weil zwischen ihm und dem Haupttäter solche Beziehungen bestehen, die ihn nach gesundem Volksempfinden zur Abwehr verpflichten. Zu der Postanstalt würde ja nur der Sohn in konkreten Lebensbeziehungen, nämlich dem öffentlichen Dienst- und Treueverhältnis des Beamten, stehen. Der Sohn ist aus § 350 StGB zu bestrafen. Dieser ist ein sog. uneigentliches Beamten- bzw. Sonderdelikt. Die Beamteneigenschaft ist daher nur dem Beteiligten zuzurechnen, in dessen Person sie gegeben ist. Der nichtqualifizierte Gehilfe, der Vater, muß gemäß § 50 StGB nach §§ 246, 49 StGB zur Verantwortung gezogen werden.

Zusammenfassung.

Die Beihilfe durch Unterlassen ist die erfolgskausale Förderung eines Haupttäters durch eine pflichtwidrige und wissentliche, einem gesetzlichen Tatbestande oder dem Grundgedanken eines solchen entsprechende Unterlassung, die eine Gleichstellung des

Unterlassenden mit dem aktiven Gehilfen nach gesunder Volksanschauung rechtfertigt.

Bei den Sonderdelikten ist sie vom Nichtqualifizierten begangen, als Rechtsgutsverletzung[148] und als Folge der Akzessorietät der Beihilfe aus dem jeweiligen Sonderdeliktstatbestand im Rahmen des § 49 StGB zu bestrafen, soweit § 50 StGB nichts anderes vorschreibt.

[148] Diese ist nach der Art der betreffenden Sonderstraftat eine verschiedene.

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 17. April 1914 in München geboren und besuchte dort die Volks- und Oberrealschule. 1933 bestand ich das Abitur. Dann studierte ich nach einjähriger praktischer Tätigkeit Rechtswissenschaft an der Universität München. Im Mai 1938 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und bin seit Juli 1938 als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.